DAS JUS OFFERENDI

IN ALTER UND NEUER ZEIT

unter Berücksichtigung der dasselbe betreffenden Bestimmungen des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE

VON DER

JURISTEN-FACULTAT

DER

KÖNIGL. FRIEDRICH-WILHELMS-UNIVERSITÄT ZU BERLIN

GENEHMIGT

NEBST ANGEHÄNGTEN THESEN ÖFFENTLICH ZU VERTEIDIGEN

AM 11. FEBRUAR 1893 VORMITTAGS XI UHR

VON

ARTHUR REGELY,

KAMMERGERICHTS-REFERENDAR.

OPPONENTEN:

ERNST WALTJEN, Kammergerichts-Referendar.
EMIL HALLENSLEBEN, Kammergerichts-Referendar.
LEOPOLD LEVY, Kammergerichts-Referendar.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535707_0253

Dem

Doctor iuris utriusque honoris causa,

Herrn WILHELM HENSCHKE,

Senatspräsidenten des Königlichen Kammergerichts,

Geheimen Ober-Justizrate,

Ritter hoher Orden,

in aufrichtiger Verehrung und Dankbarkeit

DER VERFASSER.

Inhalts-Übersicht.

Seite

Einleitung . . . . . 1— 3

A. Das ius offerendi im römischen Rechte.

I. Ursprung des ius offerendi . . . . . 4— 10
II. Zweck und Bedeutung des ius offerendi . . . . . 10— 14
III. Wem steht das ius offerendi zu und gegen wen richtet es sich? . . . . . 14— 30
IV. Art der Ausübung des ius offerendi . . . . . 30— 41
V. Wirkung der Ausübung des ius offerendi . . . . . 41— 62
VI. Wirkung der Ausübung. — Detailfragen . . . . . 62— 73

B. Das ius offerendi in Deutschland.

I. Historische Einleitung und Geltung im gemeinen Rechte 74— 81
II. Das ius offerendi im bayrischen Rechte . . . . . 81— 86
III. Das ius offerendi im sächsischen Rechte . . . . . 86— 91
IV. Das ius offerendi nach dem österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche . . . . . 91— 94
V. Das ius offerendi im französischen Rechte . . . . . 94— 98
VI. Das ius offerendi im preussischen Rechte:
a) Das Allgemeine Landrecht . . . . . 98—113
b) Der § 205 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 . . . 113—122
VII. Das ius offerendi im Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich . . . . . 122—139

Einleitung.

Der Ausdruck „ius offerendi“ kommt in den Quellen des römischen Rechts nicht vor. Er taucht, soviel bekannt, zuerst in den Schriften der Glossatoren[1]) auf, um sich in der Folgezeit schnell einzubürgern.

Bereits die Juristen des späteren Mittelalters machen von ihm ausgedehnten Gebrauch[2]); in weit höherem Grade geschieht dies aber seitens der Schriftsteller der Neuzeit bis in das achtzehnte Jahrhundert hinein. Dieselben belegen mit jenem Ausdrucke eine Fülle von Rechtsbefugnissen, welche in Bezug auf berechtigtes Subjekt, auf Zweck und Wirkung wesentlich von einander verschieden, nur das Eine gemeinsam haben, dass bei ihnen allen das Anbieten eines Wertobjektes in Frage kommt[3]).

Selbst auf dem beschränkteren Gebiete des Pfandrechtes war es durchaus nicht eine bestimmte Berechtigung allein, welche

---

[1]) Glossa zu l. 7 § eod iure C. de praescr. 30 vel 40 ann: Überschrift: In praescriptione iuris offerendi opponenda per primum cred. etc. Im Text: P. dicit, non memini me legisse priorem creditorem ius offerendi habere — und: sed Bulgarus dicit ius etiam offerendi tolli. Azo Summa ad lib. VII tit 39 l. No. 13 (Ausg. Lugd. 1585 S. 165) fragt: Nunquid praescribitur iuri offerendi?

[2]) Cf. z. B. Salycetus Super dig. vet. tit. qui potiores in pign. b. si paratus: Posterior creditor habet ius offerendi priori.

Baldus de Ubaldis. Consilia sive Responsa lib. I cons. 341 und lib. III cons. 84. Paulus de Castro Consilia lib. II cons. 220. Fulgosius Comment. in codicem ad lib. VII tit de praescr. 30 vel 40 ann. e. cum notiss. § sed cum illud No. 5.

[3]) Am weitesten geht hierin wohl Gadebusch: Tractatus de iure offerendi. Greifswald 1653. Derselbe spricht das ius offerendi zu: a) qualicunque possessori rei pignoratae; b) creditori hypothecario posteriori; c) debitori adversus creditorem; d) uxori, quando illa dotem solvere est parata; e) depositario; f) debitori cesso adversus cessionarium; g) tutori; h) socio contra socium; i) venditori; k) iis qui iure consanguinitatis rem venditam ab emtore retrahere volunt.

man als ius offerendi bezeichnete[1]). Vielmehr verstand man darunter einmal die Befugnis des Pfandschuldners, dem Gläubiger die Pfandsumme zu entrichten und so sein Eigen von der auf ihm ruhenden Last zu befreien.

Man nannte ius offerendi ferner das jedem Besitzer einer Pfandsache zustehende Recht, sich dem die A° hypothecaria anstellenden Gläubiger gegenüber durch Angebot des Forderungsbetrages den Besitz der Sache zu erhalten.

Man begriff darunter weiterhin die Befugnis jedes Dritten, auf Grund eines mit dem Schuldner geschlossenen sog. Abfindungsgeschäftes[2]) in die Stellung des mit seinem Gelde befriedigten Gläubigers zu succedieren.

Endlich aber bezeichnete man als „ius offerendi" das besonders dem späteren Pfandgläubiger zustehende Recht, den ihm vorgehenden Hypothekar auch gegen dessen und des Schuldners Willen abzufinden und in Höhe der gezahlten Summe in die Stelle des Abgefundenen einzutreten — ein Recht, welches bereits in den Quellen bald ius offerendae pecuniae[3]), bald offerendi pecuniam potestas[4]), bald offerendae pecuniae facultas[5]) genannt wird.

Die heutige Doktrin bezeichnet dies zuletzt genannte Recht des nachstehenden Pfandgläubigers fast einzig und allein noch als „ius offerendi". Sie braucht dafür hin und wieder den volleren und treffenderen Ausdruck „ius offerendi et succedendi"[6]), während sie einen allgemein angenommenen deutschen Namen für dasselbe nicht gefunden hat.[7])

---

[1]) Cf. bezüglich der Bedeutung von „ius offerendi" im Pfandrecht: Negusantius: Tractatus de pignoribus et hypothecis (im Corpus select. tractatuum de pign. et hyp. Francfurt 1586 No. 1) pars V membr. III No. 1. 25. 32. 38. 39. 43. und Haubold-Wilgenroth. Über das ius offerendi in Barth Dissert. Samml. Augsburg 1839 Bd. IV.

[2]) Vergl. über dies Geschäft des Näheren Dernburg: Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Leipzig 1860/64. Bd. II. S. 497.

[3]) l. 3. pr. D. de distr. pign. (20. 5).

[4]) l. 4. C. de his qui (8. 18 ed. Mommsen).

[5]) l. 2. D. de distr. pign.

[6]) Dernburg a. a. O. Bd. II S. 518 und Pandecten. 1. Aufl. Bd. I S. 691.

[7]) Es finden sich folgende deutsche Bezeichnungen in der Litteratur:
Ablösungsrecht z. B. Roth: Archiv für civil. Praxis. Bd. 62 S. 111.
Anerbietungsrecht z. B. Simon: ebenda Bd. 41 S. 43.

Die Lehre von der Natur und den Wirkungen dieses ius offerendi des Pfandgläubigers gehört nun zu den bestrittensten Materien im Gebiete des römischen Rechts. Mit ihrer Darstellung hat sich eine namhafte Anzahl von Juristen befasst. Dagegen ist die Entwicklung, welche das Rechtsinstitut ausserhalb des römischen bezw. gemeinen Rechtes in Deutschland und besonders in Preussen genommen hat, einer eingehenderen vergleichenden Erörterung bisher nicht unterzogen worden.

Im Hinblick darauf, dass das ius offerendi auch in dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich seinen Platz gefunden hat, wollen die nachfolgenden Zeilen nun den Versuch machen, ein möglichst deutliches Bild dieses Rechtsinstitutes in alter und neuer Zeit, im römischen Rechte und den wichtigsten deutschen Partikularrechten zu entwerfen, um auf Grund dieser eingehenden Betrachtungen schliesslich die Bestimmungen des projektirten Gesetzbuches einer sachlichen Würdigung unterziehen zu können.

Angebotsrecht z. B. Schmidt: Allgem. Grundsätze des Pfandrechtes. Breslau 1840. S. 243.

Ausbezahlungsrecht z. B. Windscheid: Pandekten. Bd. I § 233^{b} Text.

Auskaufsrecht z. B. Thon: Ius offerendi des besseren Pfandgläub. Heidelberg 1863. S. 5.

Einlösungsrecht z. B. Exner: Österreich. Hypothekenrecht. Leipzig 1881. Abt. II S. 537.

Eintretungsrecht, Eintrittsrecht z. B. Westphal Pfandrecht. Leipzig 1791 bezw. Motive zum Preuss. E. E. G. vom 5. 5. 1872 sowie Pr. A. L. R. I. 20 § 36 in marg.

Einstandsrecht z. B. Entscheid. des Obergerichts z. Fulda v. G. II 1850. Arch. f. prakt. Rechtswiss. IV 170.

Die Ausdrücke „Eintrittsrecht“ bezw. „Einlösungsrecht“ dürften sich am meisten zu allgemeiner Annahme empfehlen, da durch sie Zweck und Wesen des ius offerendi am besten gekennzeichnet werden.

A. Das ius offerendi im römischen Rechte.

I.

Ursprung des ius offerendi.

Die meisten Schriftsteller übergehen den Ursprung des ius offerendi mit Stillschweigen. Die wenigen aber, welche sich mit der Entstehung dieses Rechtsinstitutes beschäftigen, sind in Bezug auf dieselbe geteilter Meinung.

„Das ius offerendi ist eine Befugnis," sagt Bachofen,[1]) „deren Ursprung das Gesetz ist, mag dieses nun ein geschriebenes, etwa das prätorische Edikt, oder, was viel wahrscheinlicher, ein ungeschriebenes, eine Satzung des Civilrechts[2]) sein."

Wir finden in diesen Worten die beiden Ansichten kurz erwähnt, die seit längerer Zeit schon über den Ursprung des ius offerendi in der Litteratur ausgesprochen worden sind. Eine weitere bisher nur von wenigen Schriftstellern kurz angedeutete Meinung geht dahin, dass das ius offerendi eine Schöpfung der kaiserlichen Gesetzgebung sei.

Auf das prätorische Edikt und zwar auf die formula hypothecaria selbst glaubt Haubold[3]) das ius offerendi zurückführen zu können. Er stützt sich dabei vorzüglich auf den Schlusspassus jener Formel: si soluta erit pecunia aut pro ea satisfactum perve creditorem stetit, quominus id fieret, iudicium non dabo[4]), und findet, dass diese Worte gleichsam die ersten Anfänge des Institutes enthielten — Anfänge, die durch den Einfluss der Rechtsgelehrten und kaiserlichen Konstitutionen dann weiter ausgebildet worden seien.

---

[1]) Das römische Pfandrecht. Basel 1847. S. 497.

[2]) a. a. O. S. 522 spricht er von einer „constitutio iuris civilis".

[3]) a. a. O. s. 112 ff.

[4]) Rekonstruktion von Noodt cf. auch Lenel Edictum perpetuum 1883 S. 397.

Diese Ansicht Haubolds kann als genügend begründet nicht angesehen werden. Aus den citierten Worten der formula folgt nur, dass ein nicht besitzender Pfandgläubiger die auf Herausgabe des Pfandobjektes gerichtete Klage nicht mehr mit Erfolg anzustrengen vermag, sobald ihm für seine Forderung Zahlung geleistet oder Sicherheit verschafft oder endlich beides durch seine eigene Schuld vereitelt worden ist. Nicht aber wird in jenem Passus auch nur angedeutet, dass unter gewissen Umständen ein Pfandgläubiger von einem anderen durch Abfindung entfernt werden könne, und dass dann der Letztere kraft Rechtens an die Stelle des Verdrängten trete. Diese Succession in des Abgefundenen Rechtsstellung bildet aber gerade das Charakteristicum des ius offerendi. Wo sie fehlt, kann von einem derartigen Rechte auch nicht einmal in seinen Uranfängen geredet werden. Deshalb wird man in der formula hypothecaria nimmermehr die Wurzel des ius offerendi zu finden vermögen. Vielmehr lässt sich, sofern man überhaupt die genannte formula in Beziehung zum ius offerendi bringen will, nur sagen, dass die erstere der Entstehung und Ausbildung des letzteren in keiner Weise hinderlich gewesen ist.

Die zweite von Bachofen erwähnte Ansicht, es beruhe das ius offerendi auf einer Satzung des Gewohnheitsrechts, ist von Mycielski in einer Dissertation[1]) eingehend begründet worden.

Ursprünglich habe, dies ist kurz der Gedankengang seiner Schrift, der Nachhypothekar sofort bei Abschliessung des Pfandvertrages sich vom Schuldner die Befugnis einräumen zu lassen, den ihm vorgehenden Gläubiger zu befriedigen und dann in Höhe der gezahlten Summe in die Rechtsstellung desselben einzurücken. Die Einräumung dieser Befugnis sei im Laufe der Zeit bei Verpfändungen einer bereits verhypothecierten Sache derart üblich geworden, dass man sie auch dann als stillschweigend gewollt angenommen habe, wenn sie nicht ausdrücklich vereinbart worden sei. Ihren Abschluss habe die Entwicklung des ius offerendi endlich in der späteren Zeit der klassischen Jurisprudenz gefunden, wo dem Nachhypothekar das Eintrittsrecht auch gegen den Willen des Schuldners zugesprochen wurde.

Die so skizzierte Ansicht wird von Dernburg[2]) als die vermutlich richtige bezeichnet, während sich ihr Jäckel[3]) entschieden anschliesst.

---

[1]) Diss. de iuris offerendi origine. Berlin 1848.

[2]) Pfandrecht II. S. 519—20.

[3]) Diss. de successione hypothecaria Breslau 1868. S. 28.

Sie scheint auf den ersten Blick auch viel für sich zu haben, zumal wenn man sich vergegenwärtigt, dass andere wichtige Rechte der Pfandgläubiger, z. B. die Verkaufsbefugnis, nachweisbar einen dem soeben geschilderten ähnlichen Entwickelungsgang durchgemacht haben. Allein bei näherer Betrachtung des einschlägigen Quellenmaterials machen sich doch erhebliche Bedenken gegen die Theorie Mycielskis geltend.

Zunächst wird uns nirgends bezeugt, dass das ius offerendi jemals dem Nachhypothekar kraft Uebereinkommens mit dem Schuldner zugestanden habe. Ein pactum de offerendo et succedendo, wie Mycielski es konstruiert, wird als Klausel des mit dem zweiten oder späteren Pfandgläubiger geschlossenen Vertrages überhaupt nicht erwähnt. Das muss Mycielski selbst zugeben[1]).

Erwägt man nun, dass die Quellen uns eine Fülle der verschiedenartigsten Nebenabreden, die dem Pfandvertrage üblicher Weise hinzugefügt wurden, vor Augen führen und zwar selbst dann, wenn dieselbe nur mehr ein historisches Interesse für sich in Anspruch nehmen können, so erscheint ein gänzliches Uebergehen einer Vertragsklausel von der ausserordentlichen Bedeutung des angeblichen pactum de offerendo et succedendo doch sehr auffallend.

Das Schweigen der Quellen sucht nun Mycielski[2]) dadurch zu erklären, dass zur Zeit der klassischen Juristen die Entwicklung des ius offerendi bereits so weit gediehen sei, dass es eines besonderen Abkommens für die Begründung desselben nicht mehr bedurfte.

Wäre dies richtig, dann müsste damals die Nachhypothek selbst bereits eine längere Entwickelung durchgemacht haben und in dieser sogar zu einem gewissen Abschlusse gelangt sein. Das ist aber keineswegs der Fall gewesen.

Vielmehr befand sich damals die Ausbildung der Nachhypothek in vollem Flusse, wie in dem nächsten Abschnitte des näheren gezeigt werden wird, und alles deutet darauf hin, dass bis zu Gaius Zeit noch bei Bestellung eines zweiten Pfandrechtes die Befugnisse des Gläubigers auf das genaueste durch den Vertrag geregelt wurden, dem kein Gewohnheitsrecht supplierend zu Hilfe kam.

Ganz besonders auffallend ist es ferner, dass überhaupt keiner der älteren Juristen, insbesondere Gaius nicht, des ius offerendi auch nur mit einem Worte Erwähnung thut. Man kann sich für das Gegenteil weder auf die aus Gaius Monographie über die formula

[1]) a. a. O. S. 16.

[2]) a. a. O. S. 44.

hypothecaria herrührende l. 11 § 4 D. qui pot. 20. 4, noch auf die aus den aus den Quästionen des Paulus stammende l. 3 D. quae res pignori 20. 3, in der Ansichten des Titus Aristo wiedergegeben werden, berufen; denn die erstgenannte Stelle betont nur, dass durch das Zahlungsangebot des secundus creditor die Aº. hypothecaria des primus wirkungslos werde, nicht aber spricht dieselbe von einer Sucession des secundus in die Rechte des primus. Das ius offerendi wird also in ihr überhaupt nicht berührt. Die zweite Stelle behandelt allerdings in ihrem letzten Satze das ius offerendi. Allein dieser Satz enthält, wie schon Dernburg[1]) und Mycielski[2]) anerkennen, nicht mehr Worte von Titus Aristo, sondern solche von Paulus selbst.

Prüfen wir näher, welchem Zeitalter die Juristen angehören, die sich mit unserem Rechtsinstitute beschäftigen, so finden wir, dass es durchweg Männer sind, die am Ausgange des zweiten und im Beginne des dritten Jahrhunderts n. Chr. lebten und wirkten, so Papinian, Paulus, Marcian und Tryphonin. Dieselben rekurrieren dabei auch nirgends auf die Ansichten älterer Juristen.

Sprechen schon all' die bisherigen Ausführungen gegen die Theorie Mycielskis, so dürfte dieselbe durch eine gelegentliche Aeusserung Tryphonins völlig unhaltbar gemacht werden.

In l. 22 § 12 D. de fugitivis 49. 15 sagt letzterer:

Si pignoris causa servus datus fuerat ante captivitatem, post dimissum redemptorem in veterem obligationem revertitur et si creditor obtulerit ei qui redemit, habet obligationem et in priorem debiti causam et in eam summam qua eum liberavit, quasi ea obligatione quadam constitutione inducta: ut cum posterior creditor satisfacit priori confirmandi sui pignoris causa etc.

Hier wird bemerkt, dass derjenige, welcher den redemptor eines ihm verpfändeten Sklaven abfindet, an letzterem ein Pfandrecht[3]) auch für die aufgewendete Liberationssumme erwirbt. Hinzugefügt wird, dass dies Recht gleichsam durch eine Konstitution eingeführt sei, wie es ja auch in dem ähnlichen Falle geschehen wäre, wenn ein späterer Pfandgläubiger den ihm vorgehenden Hypothekar abfinde, um sein Pfandrecht zu festigen.

Aus diesen Worten Tryphonins dürfte sich mit Sicherheit ent-

---

[1]) Pandecten I. § 290 Anm. 2.

[2]) a. a. O. S. 49.

[3]) Die Wiedergabe von „obligatio" durch „Pfandrecht" wird später zu rechtfertigen versucht werden.

nehmen lassen, dass das ius offerendi durch eine Konstitution, unter welcher nur der Erlass eines Kaisers verstanden werden kann, geschaffen worden ist.[1]) Mycielski freilich glaubt dies aus der Stelle nicht schliessen zu sollen. [2]) Er setzt die Worte „quasi ea obligatione quadam constitutione inducta" in Klammern und meint, dass der durch ut eingeleitete Vergleich nicht speziell auf jenen Passus, sondern auf den voraufgegangenen Hauptsatz sich beziehe. Es bedarf keiner weiteren Ausführung, dass die Interpunktion Mycielskis eine rein willkürliche ist, dass ferner bei seiner Deutung der Stelle der Satz „quasi ea obligatione constitutione quadam inducta" völlig bedeutungslos sein würde und ohne Schaden fortgelassen werden könnte. Dass aber Tryphonin etwas gänzlich Überflüssiges habe sagen wollen, ist nicht anzunehmen. Daher hat man notwendigerweise den citierten Satz als das Bindeglied der beiden anderen anzusehen und muss in ihm gerade den Gedanken ausgesprochen finden, welcher Tryphonin auf das ius offerendi und auf dessen Vergleich mit den durch die Abfindung des redemptor geschaffenen ähnlichen Verhältnissen hinführte. Dann aber lässt die Stelle eine andere Deutung als die oben vertretene nicht zu.

Tryphonin hat uns leider genauere Angaben über die von ihm als Quelle des ius offerendi erwähnte Kaiserkonstitution, namentlich auch über die Zeit ihres Erlasses nicht gemacht. Wir sind daher in dieser Beziehung lediglich auf Kombination angewiesen.

Der genannte Jurist lebte am Anfange des dritten Jahrhunderts. Die oben citierte Stelle stammt aus dem vierten Buche seiner Disputationen, welches etwa in dem Jahre 211 abgefasst sein mag. [3]) Auf der anderen Seite fällt die Wirksamkeit von Gaius, der das ius offerendi, wie bereits bemerkt, nicht erwähnt, bis in die Mitte des zweiten Jahrhunderts. Somit dürfte die fragliche Konstitution in der zweiten Hälfte des zweiten oder in den ersten Jahren des dritten Jahrhunderts erlassen sein.

Aus der Zeit gegen Ende des zweiten Jahrhunderts, nämlich aus dem Jahre 197, rührt nun eine von dem Kaiser Septimius Severus und von seinem Sohne Caracalla erlassene Konstitution her, welche von dem ius offerendi handelt und uns in l. 1 C. qui potiores (8. 17.) erhalten ist. Dieselbe lautet: Qui pignus secundo

[1]) Diese Ansicht theilen: Thon a. a. O. S. 5 Anm. und Adamkiewicz im Archiv für civilistische Praxis Bd. 56 S. 47.

[2]) a. a. O. S. 88.

[3]) Krüger: Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts. Leipzig 1888 S. 201.

loco accepit, ita ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit aut cum obtulisset isque accipere noluisset, eam obsignavit et deposuit nec in usus suos convertit. In kurzen Worten wird hier dem secundus creditor das ius offerendi zugesprochen, ohne dass dabei erwähnt würde, dass dies Recht dem Nachhypothekar schon früher zugestanden habe. Die Vermutung erscheint daher vielleicht nicht allzu kühn, dass gerade diese Konstitution es gewesen ist, welche Tryphonin im Auge gehabt hat.[1]) Bemerkenswert ist jedenfalls, dass der konfirmatorische Zweck des ius offerendi sowohl von Tryphonin als auch in dem kaiserlichen Rescript hervorgehoben wird; bemerkenswerth auch, dass Tryphonin nicht sagt, posterior creditor solvit priori, sondern satisfacit priori, welch letzterer Ausdruck umfassender ist als solvere und namentlich ausser der Zahlung auch die deren Stelle nach den Bestimmungen der Konstitution der beiden Kaiser eventuell vertretende obsignatio et depositio in sich schliesst.

Die übrigen Quellenzeugnisse, welche uns von dem ius offerendi berichten, rühren jedenfalls aus der Zeit nach dem Jahre 197 her. Die einschlägigen Stellen des Kodex (l. 22 C. de pign. 8. 13; l. 5 u. 8. C. qui potiores 8. 17; l. 4 C. de his qui 8. 18; l. 3 C. si antiquior 8. 19) stammen sämtlich aus Rescripten, die in der Mitte oder gegen das Ende des dritten Jahrhunderts erlassen sind.

Von den hier in Betracht kommenden Werken der klassischen Juristen aber sind wahrscheinlich geschrieben:

Paulus lib. III quaest. (l. 3 D. 20. 3; l. 16 D. 20. 4) erst nach dem im Jahre 211 erfolgten Tode des Kaisers Septimius Severus; und Paulus sententiae (sent. rec. lib. II tit. 13 § 8) nach der oratio Caracallae vom Jahre 206 vielleicht erst unter Caracalla.

Papinian lib. II et III respons. (l. 2 u. 3 D. 20, 5) kaum vor 200 n. Chr.

Marician lib. sing. ad form. hyp. (l. 12 §§ 6, 9 D. 20, 4; l. 5 D. 20. 5) bald nach Caracallas im Jahre 217 erfolgtem Tode.

Tryphonin lib. IV et VIII disput. (l. 12 § 12 D. 49. 15 l. 20 D. 20, 4) in den Jahren 211, 212[2]).

Somit erscheint die Möglichkeit, dass das ius offerendi eine Schöpfung der Kaiser Septimius Severus und Caracallas ist, nicht ausgeschlossen.

---

[1]) Vergl. auch Adamkiewicz a. a. O. S. 47, Anmerkung. und Schmid, Grundlehren der Cession. Braunschweig 1863. Bd. I, S. 341/42.

[2]) Vergl. Krüger a. a. O. S. 197—198; 211; 201; 212; 225.

Die Durchbildung des solchergestalt ins Leben gerufenen Rechts haben sich vor allem die römischen Juristen, deren Werke oben angeführt worden sind, angelegen sein lassen. Leider aber giebt das, was uns von ihren Schriften in Bezug auf das ius offerendi erhalten ist, vielfach Anlass zu Zweifeln, die auch durch die später über jenes Institut ergangenen kaiserlichen Konstitutionen nicht völlig beseitigt werden. Bei der Entscheidung der infolge dieser Undeutlichkeit der Quellen entstandenen Streitfragen wird dann vorwiegend auf den Zweck Gewicht gelegt werden müssen, den das ius offerendi im römischen Rechte zu erfüllen bestimmt war.

II.

Zweck und Bedeutung des ius offerendi.

Die beiden bisher ihrem Wortlaut nach angeführten Quellenstellen heben als beabsichtigte Folge der Ausübung des ius offerendi die Festigung des dem Nachhypothekar zustehenden Pfandrechtes hervor. Der gleiche Effekt der Geltendmachung des Eintrittsrechts wird auch anderweit im corpus iuris betont. So sagt Severus Alexander in l 5 C. qui potiores (8, 17) — red si tu ei (scil. priori creditori) omne quod debetur solveris, [pignoris tui causa firmabitur, und ähnlich rescribieren Diocletian und Maximinian in l. 22 C. de pignoribus (8. 13). Secundus creditor offerendo priori creditum debitum confirmat sibi pignus.

Um begreifen zu können, in wiefern der spätere Pfandgläubiger eines Konsolidationsmittels für sein Recht bedurfte und um zugleich ein Bild von der Bedeutung des ius offerendi zu gewinnen, muss man notwendigerweise etwas näher eingehen auf die Stellung, welche der Nachhypothekar im römischen Rechte einnahm.

Ursprünglich pflegte der Schuldner beim Abschluss des Pfandvertrages über eine bereits verhypothekierte Sache dem späteren Gläubiger als Sicherungsmittel nur ein Recht auf die die Vorhypothek dem Werte nach übersteigende hyperocha rei obligatae einzuräumen. Daran schloss sich meist das Abkommen, dass nach Befreiung des Objektes von der Haftung für die vorgehende Forderung der zweite Gläubiger ein Recht an der ganzen Pfandsache — in solidum — erhalten sollte[1]).

[1]) Vergl. über die Entwicklung der Nachhypothek Dernburg. Pfandrecht II S. 479 ff.

Einen Pfandvertrag dieser ursprünglichen Art führt uns Gaius in l. 15 § 2 D. de pignoribus (20. 1) als zu seiner Zeit völlig üblich vor Augen. Derselbe wird nach dem Wortlaut jener Stelle etwa gelautet haben: Ut sit pignori hypothecaeve id quod pluris est aut solidum cum primo debito liberata res fuerit[1]).

Dabei bemerkt Gaius, dass, wenn im Vertrage mit dem Nachhypothekar nur die Verpfändung der hyperocha erwähnt werde, doch damit auch die bedingte Verpfändung der ganzen Sache als gewollt anzusehen sei. Zu seiner Zeit begann sich demnach zuerst wohl das Gewohnheitsrecht im Gebiete der Nachhypotheken geltend zu machen, und dieses führte schliesslich dazu, dass auch die Erwähnung der hyperocha im Pfandvertrage über eine schon verhaftete Sache unterblieb, dass man endlich derartige Kontrakte „simpliciter" abschloss, wie dies Marcian in l. 12 § 7 D. qui pot. (20. 4) ausdrücklich hervorhebt. Doch war in der Zeit der klassischen Jurisprudenz, also am Beginn des dritten Jahrhunderts, die ursprüngliche Art der Bestellung von Nachhypotheken keineswegs antiquiert. Noch Tryphonin erwähnt in l. 20 D. qui pot. eine Verpfändung der hyperocha rei, und Papinian sagt in l. 96 § 3 D. de solut. et liberat. (46, 3): si temporibus discretis superfluum pignorum obligari placuit.

Wenn sich sonach auch allmählich die Anschauung Bahn brach, dass die Nachhypothek nicht mehr wie früher ein von dem Bestande der ersten Hypothek abhängiges, sondern ein sofort präsentes Recht an dem gesamten Pfandobjekt gewähre[2]), so übte dies doch nur eine Wirkung auf die Stellung aus, welche der spätere Pfandgläubiger dem Schuldner und dritten Personen gegenüber einnahm; denn jenem sowohl wie jedem anderen Besitzer der Pfandsache mit Ausnahme der ihm vorgehenden Hypothekare vermochte er nunmehr das Pfandobjekt im Wege der Klage zu entziehen. Dagegen wurde sein Verhältnis zu dem ersten Pfandgläubiger ein wesentlich besseres

---

[1]) Die Lesart der Stelle steht nicht unbedingt fest. Vergl. darüber ausser Dernburg a. a. O. S. 481 auch Huschke in d. Zeitschr. für Civilrecht und Prozess n. F. Bd. 4 S. 400. Die oben citierten Worte finden sich übrigens auch in den Basiliken XXV Tit. 2 cap. 15 § 3.

[2]) Gesterding, Lehre vom Pfandrecht, Greifswald, 1831 glaubt auch für die spätere Zeit annehmen zu sollen, dass die Nachhypothek ein von dem Bestehen des ersten Pfandrechtes abhängiges Recht gewesen sei Dem ist namentlich mit Rücksicht auf die oben citierte Stelle von Marcian nicht beizupflichten. Cf. Dernburg a. a. O. und v. Löhr Archiv für civilistische Praxis, Bd. 14 S. 169.

nicht: denn niemals hat sich die römische Jurisprudenz ganz von dem Gedanken freizumachen vermocht, dass nur ein Gläubiger ein in allen Beziehungen vollkommenes Pfandrecht an einer Sache besitzen könne.

So vermochte stets der primus creditor dem besitzenden Nachhypothekar ebenso wie jedem dritten die Pfandsache mit der actio hypothecaria zu entreissen. Er hatte ferner einzig und allein[1]) die Befugnis, das Pfandobjekt im Falle seiner Nichtbefriedigung zum Verkaufe zu bringen. Er brauchte bei einem solchen Verkaufe, der von ihm selbst privatim, nicht etwa gerichtlich oder auch nur öffentlich vorgenommen wurde, absolut keine Rücksicht auf die ihm nachstehenden Pfandgläubiger zu nehmen, nicht einmal Anzeige von der beabsichtigten Veräusserung war er diesen zu erstatten verpflichtet. Dazu müssen wir uns vergegenwärtigen, dass durch den rechtmässigen Verkauf der res obligata seitens des primus creditor alle nachstehenden Hypotheken erloschen und der Käufer ein pfandfreies Objekt erwarb, während die Nachhypothekare nur mehr einen Anspruch auf den die erste Hypothek übersteigenden Erlös der verkauften Pfandsache behielten.

Aus alledem ist ersichtlich, dass die Stellung des Nachhypothekars in Rom zu jeder Zeit eine ausserordentlich ungünstige, sein Pfandrecht stets ein sehr unvollkommenes gewesen ist. Dass dies der Fall war, wenn er einen Pfandvertrag nach älterer Art geschlossen und dadurch zunächst nur ein Recht auf die hyperocha rei obligatae erlangt hatte, bedarf keiner weiteren Ausführung. Aber selbst in der spätesten Zeit war er von der Willkür namentlich des ersten Pfandgläubigers in hohem Grade abhängig. War seine Forderung fällig, und der erste Gläubiger konnte oder wollte[2]) nicht zum Verkaufe des Pfandobjektes schreiten, so war der nachfolgende gänzlich ausser stande, sich aus dem Pfandobjekt Befriedigung zu verschaffen, mochte dieses auch einen weit höheren Wert haben als

---

[1]) Windscheid Pandecten I § 321, Bachofen Pfandrecht S. 487 u. a. geben auch dem Nachhypothekar die Veräusserungsbefugnis. Mit Unrecht, wie die Mehrheit der Schriftsteller, z. B. Dernburg Pfandrecht, II. S 483, Sintenis Handb. d. gem. Pfandrechts, Halle 1836 S. 653. v. Löhr im Arch. f. civ. Praxis Bd. 14 S. 169 ff. — annimmt. Gegen jene Ansicht sprechen die Quellen (l. 8 C. qui pot. (8. 17); l. 5 D. de distr. pign. (20. 5) und der Umstand, dass nach der Meinung der Römer eben die Nachhypothek ein „vollkommenes" Recht nicht ist.

[2]) Invitum enim creditorem cogi vendere satis inhumanum est l. 6 pr. D. de pign. act. (13. 7).

die auf ihm ruhende erste Hypothek. Verkaufte dagegen der primus creditor, dessen Forderung vom Schuldner nicht rechtzeitig bezahlt war, die Sache unter ungünstigen Konjunkturen zu niedrigem Preise, so konnte der spätere Gläubiger die Veräusserung auf keine Weise hindern, obwohl er in seinem Anspruche auf die hyperocha gewiss auf das Empfindlichste geschädigt wurde[1]).

Unter diesen Verhältnissen litt aber der Realkredit und damit der Geldverkehr überhaupt; denn in die Stellung eines Nachhypothekars konnte auch der vorsichtigste Gläubiger, der an erster Stelle sich ein Pfandrecht an einer Sache hatte bestellen lassen, wider seinen Willen gedrängt werden. Gross war nämlich in Rom die Anzahl derjenigen Pfandrechte, die ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Entstehung kraft gesetzlichen Privilegs ihrer Qualität wegen allen anderen einfachen Hypotheken vorgingen. Daher schien es dringend notwendig, dem Nachhypothekar ein Mittel zum Schutze seines schwachen Rechtes zu verleihen, und zwar musste das Mittel geeignet sein, ihm

1. die Befugnis zur Veräusserung der Pfandsache zu verschaffen und ihn

2. gegen unzeitigen Verkauf der letzteren durch den primus creditor zu sichern. Nach diesen beiden Richtungen hin dem nachstehenden Gläubiger zu dienen, ward das ius offerendi eingeführt. Es wird seinem Zwecke auch in vollem Umfange gerecht; denn durch seine Ausübung tritt der Nachhypothekar unabhängig von dem Willen des Schuldners sowohl wie des vorstehenden Gläubigers in des Letzteren Rechtsstellung ein. Er erlangt damit dessen volle pfandrechtliche Macht und vermag nunmehr nach seinem Belieben zu der Veräusserung des ihm verhafteten Objektes zu schreiten. Da die Geltendmachung des ius offerendi in der Abfindung des Vorhypothekars besteht, so erleidet dieser durch dasselbe — wenigstens nach römischer Anschauung — keinerlei Nachteile. Mit Unrecht haben einige Schriftsteller[2]) darauf hingewiesen, dass der erste Gläubiger durch die Ausübung des ius offerendi, sobald es sich um Pfandrechte an Liegenschaften handle, unter Umständen einer sicheren Kapitalsanlage beraubt, also geschädigt werden könne; denn fremd war den Römern der Gedanke modernen Verkehrs, dass die Darleihung von Geldern auf Hypotheken eine gute und dauernde Vermögensanlage bilde.

---

[1]) l. 3 C. si antiquior cred. (8, 19).

[2]) z. B. Joh. Voet. Comment. ad. Pand. lib. XX. Tit 4 § 35, Ausg. Col. Allobr. 1757 tom. I. S. 732.

Haben wir uns in dem bisher Gesagten den Zweck des ius offerendi klar zu machen gesucht, so werden wir aus demselben auch die Bedeutung zu entnehmen vermögen, welche diesem Rechte in Rom zukam.

Für den Nachhypothekar bildete es den wichtigsten Bestandteil seiner pfandrechtlichen Macht, ohne welchen diese letztere gerade dann ihren Dienst versagt hätte, wenn er ihrer am meisten bedurfte. Nicht mit Unrecht sagt daher Marcian[1]): Et omnino secundus creditor nihil aliud iuris habet nisi ut solvat priori et loco eius succedat. Indem es aber dem nachstehenden Pfandgläubiger diente, war das ius offerendi zugleich auch ein Mittel, die unheilvolle Wirkung, den die zahlreichen Pfandrechtsprivilegien im Gebiete des Hypothekenwesens ausübten, in etwas abzuschwächen und zu mildern.

III.

Wem steht das ius offerendi zu und gegen wen richtet es sich?

Aus dem Zwecke, welchen das ius offerendi zu erfüllen bestimmt ist, lässt sich bereits entnehmen, wer zur Ausübung desselben berechtigt sein und gegen wen sich dasselbe richten muss.

Zum Schutze des nachstehenden Pfandgläubigers soll es dienen — des Pfandgläubigers; daher sind von seiner Geltendmachung ausgeschlossen alle diejenigen Personen, welche nicht zu diesen Gläubigern zählen. Insbesondere sind nicht eintrittsberechtigt der dritte Besitzer der Pfandsache und die nur chirographarischen Gläubiger desselben Schuldners.

Dem nachstehenden Pfandgläubiger allein sprechen ferner die im corpus iuris enthaltenen Quellenstellen des ius offerendi zu. Gleichgültig erscheint dabei, welcher Art dies nachstehende Pfandrecht ist, ob ein gesetzliches oder ein richterliches oder ein vertragsmässig bestelltes. Keinen Unterschied macht ferner, an welcher Stelle der Nachhypothekar lociert. Die Quellen sprechen zwar mit Vorliebe von dem zweiten Gläubiger als zur Oblation befugtem, doch erwähnen sie als solchen auch den tertius [2]), Paulus sogar den

[1]) l. 12 § 9 D. qui potiores (20. 4).
[2]) l. 16 D. qui potiores. (20. 4.).

novissimus [1]) und es ist auch ganz allgemein von dem posterior creditor [2]) die Rede.

Seinem Zwecke gemäss richtet sich das ius offerendi gegen den dem Offerenten vorgehenden Hypothekar. Worauf der Vorzug des diesem zustehenden Pfandrechtes beruht, ist unerheblich. Es kann das Eintrittsrecht daher ausgeübt werden sowohl gegen den Inhaber einer Hypothek, die wegen ihrer früheren Bestellung der des abfindenden Gläubigers vorgeht, als auch gegen einen solchen, dessen Vorrang auf ein gesetzliches Privilegium sich stützt, wie dies sich aus l. 3 D. qui potiores entnehmen lässt. Daher ist der von älteren Schriftstellern [3]) entwickelten Ansicht, es könne gegen das privilegierte Dotalpfandrecht der Ehefrau das ius offerendi überhaupt nicht oder nur unter Einschränkungen geltend gemacht werden, nicht beizustimmen. — Selbst der Staat, der doch sonst vielfach eine exceptionelle Stellung einnimmt, kann sich als Pfandgläubiger dem ius offerendi des ihm nachstehenden Hypothekars nicht entziehen. Dies stellt Diocletian in l. 4 C. de his qui (8. 18) ausdrücklich fest.

Der Natur der Sache nach wird das ius offerendi in den meisten Fällen gegen den „besten" Pfandgläubiger, den primus creditor geltend gemacht werden. Doch ist damit nicht auch gesagt, dass es sich ausschliesslich gegen diesen richten müsse. Die Quellen erwähnen nicht nur den primus als Oblaten, sondern sprechen auch allgemein von dem prior [4]) oder antiquior creditor [5]) als solchem.

Nach all' dem, was oben über den Zweck unseres Rechtsinstitutes gesagt worden ist, scheint die Frage, ob auch dem besseren Pfandgläubiger das ius offerendi zustehe, jeder Berechtigung zu entbehren. In der That würde wohl auch niemand auf den Gedanken gekommen sein, das Eintrittsrecht dem Vorhypothekar, insbesondere dem ersten Gläubiger, der ja die volle pfandrechtliche Macht besass und eines Schutzmittels nicht bedurfte, zuzusprechen,

---

[1]) Sent. recept II 13 § 8 cfr. unten.

[2]) l. 3 D. quae res (20. 3) „posteriore loco pignus accepisti" l. 5 C. qui pot. (8. 18).

[3]) Vgl. Baldus, Consilia p. III. c. 84. No. 1. (ed. Venet. 1608 vol. I. fol. 20v) und Trentacinquius, Practicae resolutiones iuris. Francf. 1610 l. III res. 30. No. 8.

[4]) Cf. die unten citierte Sentenz des Paulus und l. 5 C. qui potiores (8, 18).

[5]) l. 3 D. quae res (20. 3).

wenn nicht eine Stelle aus den Sentenzen des Paulus dies als nötig erscheinen liesse.[1])

Diese Stelle, enthalten in lib. II Tit. 13 § 8 sent. recept. lautet: Novissimus creditor priorem oblata pecunia, quo possessio in eum transferatur, dimittere potest; sed et prior creditor secundum creditorem, si voluerit dimittere non prohibetur, quamquam ipse in pignore potior sit.[2])

Der zweite Satz dieser Sentenz scheint dem Vorhypothekar auf das deutlichste die Berechtigung zur Ausübung des ius offerendi zuzugestehen.

Gleichwohl haben sich in älterer wie in neuerer Zeit eine grössere Anzahl von Juristen gegen das Eintrittsrecht des besseren Pfandgläubigers erklärt.[3]) Schon die Glossatoren[4]) glaubten dies thun zu müssen. Denn sie geben ein Oblationsrecht dem prior creditor nur dann, wenn er sich im Besitze der Pfandsache befindet, und meinen damit offenbar nur die jedem Inhaber eines Pfandobjektes zustehende Befugnis, sich durch das Angebot der Pfandsumme im Besitze des Gegenstandes zu erhalten. So sagt Johannes[5]: „cum possidet, potest offerre, quia possidet non quia prior.“ Befand sich somit der posterior creditor im Besitze der Sache, so wurde dem prior ihm gegenüber das ius offerendi versagt, während man den Fall, dass keiner von beiden besässe, nicht eingehender ins Auge fasste. Auf diesen Fall machte zuerst Negusantius[6]) aufmerksam und, wiewohl im übrigen der Ansicht der früheren Schriftsteller folgend, zögerte er doch nicht, dann dem Vorhypothekar das ius offerendi zuzusprechen. Diese Ansicht fand anfangs nur den Beifall weniger Schriftsteller.[7]) Doch gelangte sie seit dem vorigen

---

[1]) Cf. hierüber die ausführliche Abhandlung von Thon: Das ius offerendi des besseren Pfandgläubigers. Heidelberg 1863.

[2]) Diese richtige Lesart ist zuerst von Cuiacius: In Jul. Pauli sent. lib. II tit. 13. No. 10 (Opera omnia Neapel 1758, S. 391) wiederhergestellt worden.

[3]) Vergl über die Dogmengeschichte Thon a. a. O. S. 8—11.

[4]) Cf. neben Gl. zu l. 1 C. qui pot. und zu l. 7 § eod. iure C. de praescr. 30 vel. 40 ann. auch Fulgosius a. a. O. l. cum not. § sed cum illud No. 4 de praescript. 30 vel 40 ann.

[5]) Nach Fulgosius a. a. O.

[6]) Tractatus de pignoribus et hypothecis p. V m. 3. No. 19.

[7]) Merc. Merlinus: Tractatus de pignoribus et hypoth. Genf 1652. l. IV tit. II quaest. 56. Dom. Tuschus: Practicae conclusiones iuris Lugd. 1671. V lit. O. conc. 77.

Jahrhundert zu grösserer Anerkennung und wurde namentlich seit Glück dahin ausgebaut, dass man das ius offerendi dem besseren Pfandgläubiger schlechthin beilegte, also auch in dem Falle, wenn der abzufindende Nachhypothekar im Besitze der Pfandsache ist — eine Meinung, die man heutigen Tags als die herrschende wird ansehen müssen.[1]) Freilich fanden sich auch stets Gegner[2]) derselben. Diese haben namentlich in unserem Jahrhundert das in dem oben citierten Ausspruche von Paulus für das Eintrittsrecht des besseren Pfandgläubigers enthaltene Beweismaterial durch mannigfache Interpretationsversuche zu beseitigen getrachtet.

So bezog Zimmern[3]) in dem zweiten Satze: sed et prior creditor secundum creditorem, si voluerit, dimittere non prohibetur, quamquam ipse in pignore potior sit, die Worte si voluerit „den Regeln der Grammatik gemäss" auf das zunächst vorangehende Hauptwort, also auf secundum creditorem, und fand folgenden Sinn in der Stelle:

„Der letzte Gläubiger kann den ersten dimittiren und auch umgekehrt der erste den zweiten, wenn dieser einverstanden ist."

Hiergegen wandte man[4]) mit vollem Rechte ein, dass dann der Satz etwas Selbstverständliches sage. Denn ohne weiteres sei klar, dass man jeden Pfandgläubiger mit seinem Willen abzufinden vermöge. Völlig überflüssig sei zudem bei dieser Interpretation der Stelle die Worte „quamquam ipse in pignore potior sit", lächerlich[5]) aber geradezu der Ausdruck „non prohibetur". Endlich sei auch die Beziehung von si voluerit auf secundus creditor durchaus nicht den Regeln der Grammatik gemäss, es müsste dann vielmehr heissen „si is voluerit."

Diese gegen die Zimmern'sche Übersetzung geltend gemachten Bemerkungen waren so durchschlagend, dass dieselbe nur von Linde[6]) und Sintenis[7]) als richtig angenommen wurde.

In anderer, ungleich geschickterer Weise sucht Schwemann[8])

---

[1]) Ausser den bei Thon a. a. O. S. 12 Citierten sind auch Dernburg Pandekten I § 290 No. 9, und Windscheid Pandekten I § 233 b. No. 4 für das ius off. des prior creditor.

[2]) So auch Mycielski a. a. O. S. 69. Wilms in Bödikers Magazin für deutsches Recht. Bd. I S. 318.

[3]) In der Zeitschrift für Civilr. u. Proz. Bd. I Seite 54

[4]) Müller, Civilistische Abhandlungen. Giessen 1833. S. 63.

[5]) Schmidt, Grundsätze des Pfandrechts. Breslau 1840. S. 264.

[6]) Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, Bd VI S. 215.

[7]) Pfandrecht S. 415.

[8]) Archiv für civil. Praxis. Bd. 71 S. 153 ff.

die Sentenz so zu deuten, dass sie als für das ius offerendi des prior sprechend nicht mehr betrachtet werden könne.

Er geht von der gewiss auffallenden Thatsache aus, dass in dem ersten Satze der Sentenz von einem novissimus und einem prior, im zweiten dagegen von einem prior und einem secundus creditor geredet werde. Er behauptet ferner, dass bei der gewöhnlichen Interpretation der Stelle der Satz „quamquam ipse in pignore potior sit" entbehrlich sei, da, wenn man dem prior creditor das ius offerendi zugestehe, sein besseres Pfandrecht ihm natürlich nicht in der Ausübung dieses Rechtes hinderlich sein könne.

Endlich sei, so meint Schwemann, das hinter quamquam gestellte Wörtchen „ipse" geeignet, die bisherige Auffassung der Stelle völlig unhaltbar zu machen, da es einer Hervorhebung, dass der prior creditor auch potior sei, nicht bedurfte, da ein Zweifel, ob der prior oder der secundus potior sei, gar nicht in Frage komme.

Durch all diese Erwägungen wird Schwemann zu der Annahme geleitet, dass der prior des ersten Satzes nicht dieselbe Persönlichkeit sei, welche im zweiten Satze als prior bezeichnet werde. Vielmehr werde als prior im zweiten Satze der novissimus des ersten Satzes gedacht, nachdem derselbe mittlerweile durch Ausübung des ius offerendi in die Stellung des früheren prior eingerückt sei.

Danach gelangt Schwemann zu folgender Übersetzung:

„Der letzte Gläubiger kann den ersten abfinden; aber auch erster Gläubiger geworden, ist er nicht gehindert, dem zweiten, wenn er will, zu offerieren, obgleich er selbst (nunmehr) der bessere Pfandgläubiger ist."

Diese Erklärung der Stelle, so scharfsinnig sie auch ist, dürfte nach unserem Dafürhalten kaum als richtig anzuerkennen sein.

Wenn Paulus wirklich das hat sagen wollen, was Schwemann ihm unterstellt, so kann man ihm den Vorwurf nicht ersparen, dass er sich einer geradezu sinnentstellenden Knappheit des Ausdrucks bedient habe — und das ohne Grund; denn ein einziges Wort (etwa „factus" hinter prior im zweiten Satze) hätte den Gedanken, welchen der Jurist angeblich aussprechen wollte, in erwünschtester Klarheit wiedergegeben. Ausserdem scheint auch die Stelle, wenn man die Interpretation Schwemanns als richtig ansehen will, etwas Selbstverständliches zu sagen; denn nach Ausübung des ius offerendi blieb doch der novissimus mit seinem ursprünglichen jüngsten Pfandrechte an der alten Stelle, d. h. hinter dem secundus stehen. Dass er also diesem ihm auch ferner in Beziehung auf sein altes Pfandrecht vorgehenden Hypothekar gegenüber das ius offerendi noch ausüben

könne, darüber dürfte ein Zweifel kaum obgewaltet haben, und es hätte somit zur Lösung eines solchen auch nicht eines noch dazu höchst unklaren Ausspruches von Paulus bedurft.

Seit den ältesten Zeiten jedenfalls ist man der Ansicht gewesen, dass unter dem prior creditor, von welchem die Sentenz sowohl in ihrem ersten als auch in ihrem zweiten Satze spricht, ein und dieselbe Persönlichkeit von Paulus verstanden werde. Diese Auffassung tritt bereits in der westgothischen Interpretation der Stelle deutlich zu Tage. Dieselbe lautet nämlich:

Si duo creditores unum pignus debitoris habeant obligatum et posterior creditor offerat priori pecuniam, potest pignus ad se transferre. Item prior creditor, licet potior sit in pignore retinendo, si offerat pecuniam potest apud se pignus retinere[1]).

Freilich gibt diese Interpretation den Worten des Paulus in anderer Beziehung eine Deutung, die nicht zu billigen ist. Sie geht nämlich offenbar von der Ansicht aus, dass der prior creditor von Paulus als im Besitze des Pfandobjektes gedacht wird, und glaubt, auf Grund der Stelle, dass er gegen den posterior, der zuerst sein Eintrittsrecht geltend gemacht hat und ihm nun die Sache entziehen will, seinerseits — um sich den Besitz der Sache zu sichern — offerieren könne. Sie scheint also auf Grund der Stelle dem prior creditor nicht eigentlich unser ius offerendi, vielmehr nur — ebenso wie die Glosse — jenes jedem Besitzer gegen den klagenden Hypothekar zustehende Oblationsrecht zwecks Erhaltung des Besitzers zusprechen zu wollen. Dieselbe Auffassung von der Stelle hat Cuiacius, der sie erklärt: Prior quoque posteriori non prohibetur offerre, licet in pignore potior sit, ut possessionem retineat[2]). Sie wird auch von Linde[3]) und Bachofen[4]) als die richtige bezeichnet.

Demgegenüber ist folgendes zu bemerken.[5])

Der erste Satz der Sentenz handelt unzweifelhaft von dem ius offerendi des nachstehenden Pfandgläubigers. Dass in ihm von der Oblationsbefugnis jedweden Besitzers die Rede sei, ist schon um deswillen unmöglich, weil aus den Worten oblata pecunia, quo possessio in eum transferatur hervorgeht, dass der novissimus nicht als im Besitze des Objektes befindlich gedacht wird.

---

[1]) Vergl. Lex Rom. Visigoth in hanc sent. ed. Haenel. Leipzig 1847. Seite 362.

[2]) In hanc sent. Pauli. Op. omnia Neapel 1758 S. 391.

[3]) Zeitschrift für Civilr. u. Proz. V. S 295.

[4]) Pfandrecht S. 507

[5]) Vergl. Müller Civil. Abhandl. S. 67.

Der zweite Satz der Sentenz wird nun dem ersten durch „sed et“ angefügt. Die in ihm enthaltenen Gedanken werden also zunächst in einen Gegensatz zu dem früher Ausgesprochenen gestellt, daraut weist das „sed“ hin. Dieser Gegensatz kann nur darin gefunden werden, dass nunmehr von dem prior creditor und seiner Oblation gesprochen wird, während vorher von dem novissimus die Rede war. Auf der anderen Seite zwingt aber die durch „auch“ wiederzugebende Partikel „et“ eine Gleichheit zwischen dem in beiden Sätzen Enthaltenen anzunehmen. Diese Gleichheit besteht offenbar in dem Abfindungsrechte, welches im ersten Satze dem novissimus mit den Worten „dimittere potest“, im zweiten dem prior mit den Worten „dimittere non prohibetur“ zugesprochen wird. Ist nun das Abfindungsrecht des novissimus unzweifelhaft unser ius offerendi, so kann auch unter der Dimissionsbefugnis des prior nur dieses Eintrittsrecht gemeint sein, nicht aber das davon wesentlich verschiedene Oblationsrecht des Besitzers. Zudem scheinen die Worte „quamquam ipse in pignore potior sit“ darauf hinzuweisen, dass dem prior das Dimissionsrecht nicht qua possessor, sondern qua creditor hypothecarius zugesprochen wird.

Nach alle dem wird man nicht umhin können, in der Sentenz des Paulus ein vollwichtiges Zeugnis für das ius offerendi des besseren Pfandgläubigers zu sehen — ein Zeugnis, dem gegenüber auch die allgemeine Behauptung[1]), es erscheine das ius offerendi immer nur als eine zum Schutze des schlechteren Hypothekars erlassene Rechtssatzung und dürfte deshalb nicht ausgedehnt werden, nicht ins Gewicht fallen kann.

Man hat nun geglaubt, die Sentenz durch andere im corpus iuris selbst enthaltene Quellenstellen widerlegen zu können. So wies namentlich Bachofen[2]) auf die bereits oben citierte von Tryphonin herrührende l. 12 § 12 D. de captivis (49. 15) hin. Dort ist, wie wir wissen, davon die Rede, dass der redemptor eines in die Gefangenschaft geratenen Sklaven Eigentum an diesem erwirbt. Sobald jedoch ein Gläubiger, welchem bereits vor der Gefangennahme des servus an diesem ein Pfandrecht gestellt war, den redemptor abfindet, so erlangt er wegen der Abfindungssumme ein weiteres Pfandrecht, der ursprüngliche Eigentümer aber sein altes Recht an dem Sklaven. Tryphonin weist nun auf die ähnlichen, bei der Ausübung des ius offerendi durch den Nachhypothekar entstehenden Ver-

[1]) Bachofen, Pfandrecht S. 505.

[2]) l. c. S. 510.

hältnisse hin; doch deutet er schliesslich auch die vorhandenen Unterschiede mit den Worten an: nisi quod in hoc conversa res est: et posterior[1]), quia eum servum, ut apud nos esset, efficit, ab eo, qui tempore prior fuit, ut infirmiore dimittendus est.

Bachofen meint, gerade wegen der Betonung des Unterschiedes, der von dem Juristen darin gefunden würde, dass bei dem redemptor der der Zeit nach frühere offeriere, während bei den Konventionalpfandgläubigern das Angebot stets von dem späteren creditor ausgeübt werde, liege in der Stelle die bestimmteste Behauptung, dass nur allein der schlechtere dem besseren, nie umgekehrt der bessere dem schlechteren offerieren könne. Das um so mehr, als Tryphonin am Schlusse zeige, dass auch das bezüglich des redemptor geltende Abfindungsrecht nur scheinbar von jenem Grundsatze abweiche, da der redemptor, wenngleich der Zeit nach später, doch wegen der versio in rem rücksichtlich des Sklaven ein stärkeres Recht als der frühere Hypothekar habe.

Es ist zunächst zu konstatieren, dass die Stelle ausdrücklich das ius offerendi dem früheren Gläubiger nicht abspricht, dass vielmehr die Nichtexistenz dieser Befugnis nur daraus geschlossen wird, dass ihrer von Tryphonin nicht gedacht wird. Nun ist aber, wie wir oben sahen,[2]) Tryphonin durch die Erwähnung der constitutio, welche das ius offerendi geschaffen hat, auf dies letztere Recht und dessen Vergleichung mit den von ihm besprochenen Verhältnissen in seinen Gedanken geführt worden. Dass diese constitutio, mag sie nun die l. 1 C. qui potiores gewesen sein oder nicht, ausschliesslich von dem Eintrittsrechte des posterior creditor gehandelt haben wird, dürfte als zweifellos anzunehmen sein. Dies macht es begreiflich, dass Tryphonin nur von dem ius offerendi des späteren Pfandgläubigers spricht und die vermeintlichen Unterschiede, die sich bei seiner Ausübung und bei der gegen den redemptor gerichteten Oblation ergeben, besonders betrachtet.

Man[3]) hat ferner darauf hingewiesen, dass sonst niemals von dem Angebotsrecht des besseren Pfandgläubigers die Rede sei, selbst da nicht, „wo ein Verschweigen desselben tadelnswürdig sein müsste", so z. B. in den Titelüberschriften von Tit. 4 Lib. XX Dig. und Tit. 18 Lib. VIII Cod.: De his qui in priorum credi-

[1]) Nach posterior finden sich handschriftlich die Worte: qui apud nos esset prior. Sie sind offenbar auf spätere Einfügung zurückzuführen und rühren nicht von Tryphonin her.

[2]) Vergl. oben Cap. I.

[3]) Sintenis, Pfandrecht S. 414.

torum locum succedunt. Endlich wurde behauptet, dass in l. 7 pr. § 1—3 C. de praescript. 30 vel 40 ann. (7. 39) dem besseren Pfandgläubiger als ausschliessliches Rechtsmittel gegen den nachstehenden die actio hypothecaria ebenso wie diesem gegen jenen gleichfalls ausschliesslich das ius offerendi zugesprochen werde.

Was zunächst den Hinweis auf die ungenauen Titelüberschriften anbelangt, so bedarf es wohl einer eingehenden Widerlegung und Erörterung in dieser Beziehung nicht. Dass derartige Ueberschriften nicht immer genau sind, auch häufig nicht genau sein können, weil sie in knappster Form abgefasst werden müssen, liegt auf der Hand. Was Wunder also, wenn in ihnen vorliegenden Falls nur der im praktischen Leben am häufigsten sich ereignende Eintritt in die Rechtsstellung eines besseren Pfandgläubigers erwähnt wird.[1])

Ebensowenig ist die angezogene, von Justinus herrührende Constitution aus lib. VII Tit. 39 Codicis, mit der wir uns später noch ausführlicher zu beschäftigen haben werden, gegen die Geltung des ius offerendi des prior creditor beweisend.

Dieselbe befasst sich, wie wir sehen werden, ausschliesslich mit der A^0 hypothecaria und deren Verjährung. Sie trifft zunächst Bestimmungen für den Fall, dass die Pfandsache sich im Besitze des Schuldners bezw. dessen Erben befindet, sodann für den Fall, dass ein nachstehender Pfandgläubiger sie inne hat, dem der bessere sie zu entreissen beabsichtigt, und bemerkt endlich, dass die für die letzte Eventualität gegebenen Vorschriften auch dann Anwendung finden sollen, wenn der posterior creditor unter Ausübung des ius offerendi gegen den besitzenden prior mit der Klage auf Herausgabe der Pfandsache vorgeht. Wenn hier des ius offerendi des Nachhypothekars überhaupt gedacht wird, so geschieht dies nur deshalb, weil die Geltendmachung dieses Rechtes diesen Gläubiger ausschliesslich in den Stand setzt, gegen den prior die A^0 hypothecaria mit Erfolg anzustrengen. Dem prior dagegen steht diese Klage, wie bekannt, schlechthin und ohne dass er des ius

[1]) Den besten Beweis dafür, dass solche Ungenauigkeiten in der Ueberschrift nicht eben selten vorkommen, vermögen wir gerade bezüglich des hier behandelten Gegenstandes durch den Hinweis auf das A. L.-R. zu erbringen. Das Marg. zu § 36. I. 20 lautet dort: „Von dem Eintrittsrechte eines jüngeren Pfandgläubigers oder eines Bürgen", während es in dem § 36 selbst heisst: Die gerichtliche Veräusserung etc. kann von Anderen, die darauf ebenfalls ein Recht erlangt haben, durch Befriedigung etc. abgewendet werden. Der Text geht also auch hier weiter, als die Ueberschrift vermuten lässt.

offerendi zu ihrer Erlangung bedürfte, gegen den posterior creditor zu. Somit hatte Justinus von seinem nur die A° hypothecaria berücksichtigenden Standpunkte aus absolut keine Veranlassung auf das Eintrittsrecht des besseren Gläubigers einzugehen. Sein Schweigen ist deshalb für die vorliegende Frage durchaus bedeutungslos. —

Aus dem bisher Gesagten ergiebt sich, dass wir, gestützt auf die Sentenz von Paulus, zur klassischen Zeit der Jurisprudenz das ius offerendi des besseren Pfandgläubigers als in Geltung befindlich anzusehen haben.

Ist in dieser Beziehung später, insbesondere durch die Kodifikation Justinians eine Änderung eingetreten?

Die Beantwortung der Frage hat vielen Streit und auch bei den bedeutendsten Schriftstellern Zweifel erregt.

Hervorzuheben ist zuvörderst, dass wir ausser der Sentenz von Paulus kein Quellenzeugnis besitzen, welches dem besseren Pfandgläubiger das ius offerendi zuspräche, dass wir uns insbesondere in der Kompilation Justinians vergeblich nach einem solchen umschauen. Allerdings führen manche Schriftsteller bald diese, bald jene Stelle, als dem prior creditor das Eintrittsrecht verleihend, an. So hat Thon [1]) zuerst und unseres Wissens bisher unwidersprochen auf den § 1 l. 3 D. de distr. pign. (20. 5) aufmerksam gemacht Die lex — am besten verständlich, wenn man sie ganz vor Augen hat — lautet:

Papinianus lib. III resp. Cum prior creditor pignus iure conventionis vendidit, secundo creditori non superesse ius offerendae pecuniae convenit. § 1. Si tamen debitor non interveniente creditore pignus vendiderit eiusque pretium priori creditori solverit, emptori poterit offerri, quod ad alium creditorem de nummis eius pervenit et usurae medii temporis: nihil enim interest, debitor pignus datum vendidit an denuo pignori obliget.

Der erste Pfandgläubiger verkauft kraft seiner pfandrechtlichen Macht die ihm verhaftete Sache; dann kann der spätere Pfandgläubiger das ius offerendi nicht mehr ausüben. Verkauft aber der Schuldner ohne Zuthun des ersten Gläubigers und findet er diesen mit dem Erlöse ab, so kann der Nachhypothekar dem Käufer offeriren, „weil es gleich ist, ob der Schuldner das Pfandobjekt verkauft oder weiter verpfändet.“ An die letzten, die Entscheidung Papinians begründenden Worte knüpft Thon an. Würde das Objekt,

[1]) a. a. O. S. 40.

so meint er, vom Schuldner nicht verkauft, sondern weiter verpfändet werden (si denuo pignori obligatur), so nähme der neue Gläubiger als der jüngste die unterste Stellung ein. Wenn ihm also, wie aus dem Ausspruche Papinians deutlich hervorgehe, von dem ihm vorgehenden secundus offeriert werden dürfe, so sei damit dem besseren Gläubiger das ius offerendi schlechthin zugesprochen.

Der Schluss, welchen Thon aus den letzten Worten der citierten lex zieht, wird kaum als richtig anzuerkennen sein.

In den ersten Paragraphen des Responsum wird ausdrücklich vorausgesetzt, dass der Vorhypothekar von dem Schuldner mit dem für die Pfandsache erlösten Kaufpreise abgefunden werde. In diesem Falle tritt der Käufer den anderen an der Sache bereits berechtigten Pfandgläubigern gegenüber ohne weiteres in die Stellung des creditor dimissus ein. Dies bestimmt z. B. mit grösster Deutlichkeit l. 3 C. de his qui (VIII. 18):

Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores, in ius eorum successisti et contra eos qui infirmiores illis fuerunt iusta defensione te tueri potes.

Diese Succession des Käufers in ius offerendi creditoris bildet den eigentlichen Grund, weswegen der secundus das Eintrittsrecht gegen den emptor, der ihm gegenüber ja nichts anderes als der prior creditor erscheint, auszuüben im stande bleibt.

Papinian führt nun aber als Grund für das Fortbestehen des ius offerendi des secundus an: nihil interest debitor pignus datum vendidit an denuo obliget. Diese Erklärung erscheint auf den ersten Blick und bei der allgemeinen Form, in der sie gehalten ist, befremdend, sinnlos. Ist es doch keineswegs dasselbe, ob der Schuldner eine Sache weiter verpfändet, oder ob er sie verkauft. Aber selbst wenn dies der Fall wäre, so könnten die Worte doch unmöglich den thatsächlichen Grund für die Erhaltung des ius offerendi angeben. Denn dieser ist — das geht aus dem soeben Bemerkten hervor — in Wirklichkeit ein ganz anderer, nämlich die successio emptoris. Sodann aber würde ja gegen jeden Käufer des Pfandobjektes schlechthin von dem secundus das Eintrittsrecht ausgeübt werden können, wenn der Grund hierfür wirklich nur darin läge, dass Verkauf gleich Verpfändung sei.

Die Worte Papinians, welche sich als die Begründung seiner Ansicht darstellen, müssen somit von einem anderen, engeren Gesichtspunkte aus betrachtet werden.

Nicht deshalb spricht der Jurist dem secundus creditor das ius offerendi zu, weil es im allgemeinen auf eins herauskommt, ob der Debitor verkauft oder von neuem verpfändet, sondern deswegen, weil es unter den proponierten Voraussetzungen nichts ausmacht. Diese Voraussetzungen bestehen aber darin, dass der prior von dem debitor mit dem Gelde, welches sich dieser verschafft hat, abgefunden wird. Dann allerdings ist es vollkommen gleichgültig, ob der debitor für dies Geld die Pfandsache verkauft oder weiter verpfändet; denn der Käufer sowohl wie der spätere Pfandgläubiger treten in diesem Falle in die Rechtsstellung des durch die von ihnen herrührenden Summen befriedigten ersten Hypothekars ein[1]).

So gedeutet geben die letzten Worte Papinians einen durchaus befriedigenden Sinn, nicht aber bei der Auffassung Thons, der die Prämisse der Abfindung des prior creditor nicht auch für den Fall der weiteren Verpfändung anzunehmen geneigt scheint.

Bei unserer Erklärung kann man aber nicht in der Stelle ein Beweismittel für das ius offerendi des besseren Pfandgläubigers erblicken. Denn das ius offerendi des secundus, dessen Fortbestehen auch für den Fall bezeugt wird, dass statt des Verkaufes weitere Verpfändung eintritt, würde sich zwar gegen den der Zeit nach jüngsten, seiner Succession in ius prioris wegen aber besten Hypothekars richten[2]).

Weit mehr als diese Stelle scheint die von Severus Alexander herrührende l. 5 C. qui potiores (8. 18) für das ius offerendi des Vorhypothekars zu sprechen. Dieselbe lautet:

Prior quidem creditor compelli non potest tibi, qui posteriore loco pignus accepisti, debitum offerre: sed si tu ei omne quod debetur solveris, pignoris tui causa firmabitur.

Auf die seitens eines Nachhypothekars an ihn gerichtete Frage antwortet der Kaiser: Der prior creditor kann nicht angehalten werden, dir dem posterior creditor zu offerieren; aber wenn du ihm alles bezahlst, was er zu verlangen hat, dann festigt sich dein Pfandrecht.

In dem zweiten Satze dieses Rescriptes sei, so meint man, un-

---

[1]) Vergl. auch l. 3. D. quae res pign. (20. 3), wo der abfindende Pfandgläubiger gleichfalls mit dem Käufer verglichen wird.

[2]) Vergl. auch die Glosse zu dieser lex. Dieselbe bemerkt zu v. denuo: i. e. tertio loco et pecunia tertii pervenia t ad primum nam in unoquoque casu superest s^o creditori ius offerendi pecuniam. Ebenso Cuiacius Com. in lib. II. resp. Papin. Oben citierte Ausg. S. 901.

bedingt von dem ius offerendi des posterior creditor die Rede. Wenn daher der erste Satz ein Angebot des prior erwähne, so sei darunter jedenfalls auch eine oblatio ex iure offerendi zu verstehen. Könne nun, wie die Stelle besage, der prior zu einem derartigen Angebot nicht gezwungen werden, so müsse den Gesetzen des Denkens gemäss aus diesen Worten geschlossen werden, dass er ein solches Angebot auszuüben berechtigt sei, d. h. dass ihm das ius offerendi zustehe[1]).

Demgegenüber wurde von anderer Seite energisch hervorgehoben, dass man aus dem Umstande, dass jemand nicht zu einer Handlung genötigt werden könne, nicht ohne weiteres folgen dürfe, dass er nun auch zur Vornahme derselben die Befugnis habe. Drastisch bemerkte Linde[2]): „Es kann niemand zum Stehlen gezwungen werden und doch hat niemand zum Stehlen ein Recht."

Mit solchen allgemeinen Erwägungen kommt man, das liegt auf der Hand, dem Verständnis der Stelle nicht näher. Für dieses ist es allein von Wichtigkeit, sich den Fall zu rekonstruieren, welcher aller Wahrscheinlichkeit nach dem Kaiser zur Aburteilung unterbreitet worden ist.

Bisher hat man nun stets das folgende thatsächliche Verhältnis als dem Rescript zu Grunde liegend angenommen:[3]) Der Nachhypothekar befindet sich im Besitze der Pfandsache, der bessere Gläubiger verlangt von ihm mit der A° hypothecaria die Herausgabe derselben; jener wendet sein Recht als Pfandgläubiger ein, wogegen sich dieser auf sein besseres Recht beruft. Der posterior creditor verlangt nunmehr wenigstens Bezahlung seiner Forderung vom prior und bringt, als dies verweigert wird, die Angelegenheit vor den Kaiser.

Man kann zwar mit Dernburg der Ansicht sein, dass auch bei dieser Sachlage die Worte des Kaisers den Schluss auf die Existenz des ius offerendi prioris creditoris nicht bedingen. Es ist möglich, dass der Kaiser auf die Frage des posterior, ob er Abfindung verlangen könne oder ob er selbst zahlen müsse, ohne Hintergedanken den einen Weg als unzulässig, den anderen als zuständig bezeichnet hat.

Allein mit mehr Recht würde man in diesem Falle doch wohl aus dem Rescript das Bestehen des Eintrittsrechtes des besseren

[1]) Müller, Civilistische Abhandlungen, S. 69. Schunk, Jahrbücher der gesammt. deutsch. juristischen Litteratur. Bd 19. S. 120.

[2]) Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, Bd. V S. 296, Bd. VI S. 217.

[3]) Cf. Dernburg, Pfandrecht II S. 530. Thon a. a. O. S. 38.

Gläubigers entnehmen. Durchaus treffend bemerkt Thon: „War im römischen Rechte anerkannt, dass das ius offerendi als Ausnahmerecht des nachstehenden Pfandgläubigers dem besseren gar nicht gebühre, wie kam dann der Gegner dieses letzteren zu der Frage, ob der erste Gläubiger nicht genötigt werden könne, ihm, dem zweiten, zu offerieren? Und warum wies dann der Kaiser das Ansinnen nicht mit der Bemerkung zurück, dass der erste Pfandgläubiger das ius offerendi gar nicht besässe?“ War er angesichts der Frage des posterior, die das Eintrittsrecht des prior als bestehend supponierte, nicht geradezu verpflichtet hervorzuheben, dass dasselbe gar nicht existierte? —

Eine eingehende Betrachtung der einschlägigen Verhältnisse sowohl wie der Worte des Rescriptes macht es aber wahrscheinlich, dass der Thatbestand des dem Kaiser vorgetragenen Rechtsstreites ein anderer gewesen ist, als man bisher angenommen hat.

Zunächst ist zu bemerken, dass die Civilrechtsfälle, welche bis vor den Kaiser gelangten, in der Regel schwieriger Natur zu sein pflegten. Einfache Sachen trieb man wohl ebenso wenig wie heut bis in höchste Instanz und, wenn dies geschah, dann wurden die in ihnen ergangenen Entscheidungen kaum für geeignet befunden, veröffentlicht oder in die Gesetzsammlung aufgenommen zu werden.

Nun war die Superiorität des vorstehenden Pfandgläubigers in Rom so allgemein anerkannt, sein besseres Recht war auch in dem oben konstruierten Falle so unzweifelhaft, dass bei der Entscheidung desselben keinerlei Bedenken obwalten konnten, dass man sich vielmehr wundert, wie der Nachhypothekar überhaupt auf den Gedanken kam, zu fragen, ob er von seinem bevorzugten Gegner Abfindung zu verlangen berechtigt sei. Schon aus diesem Grunde wird man bei dem Rescript an andere weniger einfache thatsächliche Verhältnisse denken müssen, als dies bisher geschehen.

Dazu zwingen aber auch die Worte der kaiserlichen Entscheidung selbst. In dem ersten Satze derselben heisst es nämlich: prior compelli non potest *debitum offerre*, in dem zweiten dagegen sagt der Kaiser: sed si tu posterior *omne quod debetur solveris*.

Anfangs ist also von einem blossen *Angebot* des prior die Rede, späterhin aber von einer *Bezahlung* durch den posterior. Weshalb dieser Wechsel in den Ausdrücken? Dass er zufällig, unbeabsichtigt sei, wird man nicht annehmen können. Glaublicher ist, dass er in dem Thatbestande seinen Grund hat, welcher dem Kaiser unterbreitet war. Nun ist bekannt, dass der Besitzer der Pfandsache sich gegen die A° hypothecaria schon durch einfaches

Angebot der dem klagenden Gläubiger zustehenden Forderung zu schützen vermag, dass dagegen der posterior creditor, welcher das ius offerendi ausüben will, mit der Oblation allein nichts erreicht, vielmehr gehalten ist, entweder zu zahlen oder zu deponieren[1]). Wenn daher der Kaiser zuerst von einem Angebot des prior spricht, dann aber von einer Zahlung des posterior, so führt diese auffallende Gegenüberstellung der beiden Ausdrücke zu dem Schlusse, dass zuerst nur von dem Oblationsrecht des prior als Besitzer die Rede ist, dass dieser also als Inhaber des Pfandobjektes gedacht wird.

Gestützt hierauf nehmen wir an, dass die Sachlage folgende war: Der posterior creditor verlangt von dem besitzenden prior die Herausgabe des Pfandobjektes. Dieser beruft sich auf sein besseres Recht, indem er zugleich erklärt, die Sache keinesfalls hergeben zu wollen. War dies letztere aber seine feste Absicht, so begreift man, warum der posterior von ihm Abfindung verlangte. Denn der Nachhypothekar vermochte durch Ausübung des ius offerendi seinen Gegner ohne weiteres aus der Gläubigerstellung zu verdrängen und so die Einrede des besseren Rechtes zu beseitigen. Wollte sich der prior auch demgegenüber im Besitze des Objektes erhalten, so vermochte er dies nur mittels der ihm qua possessor zustehenden Oblationsbefugnis. Von dieser Gebrauch machend, war er aber gezwungen, dem posterior den Betrag für sämtliche Pfandforderungen anzubieten. Der schliessliche Erfolg der Operationen wäre somit der gewesen, dass in der That der prior seinem Gegner zu offerieren hatte. Diese Konsequenz vor Augen verlangte daher der klagende Nachhypothekar sofort, ohne das ius offerendi auszuüben, Oblation vom prior creditor. Als derselbe sich weigerte, dem nachzukommen, wurde die Angelegenheit vor den Kaiser gebracht; denn es schien wirklich zweifelhaft, wer in diesem Falle zu offerieren hatte, eine höchstrichterliche Entscheidung war wünschenswert.

Der Kaiser gab sie, indem er ganz allgemein konstatierte, dass im Streite zwischen vor- und nachgehenden Pfandgläubiger jener niemals zum Angebot gezwungen werden könnte, dass dagegen der letztere sich durch Befriedigung des Gegners in die bessere Lage zu versetzen vermöchte. Aus dieser Antwort kann bei den ihr zu Grunde liegenden, von uns, wie wir glauben, richtig konstruierten thatsächlichen Verhältnissen, ein Schluss auf die Existenz eines ius offerendi des Vorhypothekars nicht gemacht werden. Denn das

[1]) Vergl. Thon a. a. D. S. 6 und 7.

Angebot prioris creditoris, von welchem zuerst gesprochen wird, würde nicht eine oblatio ex iure offerendi, sondern eine solche ex iure possessoris sein.[1])

Mit l. 5 C. qui postiores sind die in der justinianischen Kompilation enthaltenen Stellen, welche als von dem ius offerendi prioris creditoris handelnd angeführt werden, erschöpft.[2]) Sie sämtlich beweisen keineswegs das, was sie angeblich beweisen sollen, und so bleibt das einzige Zeugnis, welches wir über das Eintrittsrecht des Vorhypothekars besitzen, die Sentenz des Paulus. Diese aber ist in die Kodifikation Justinians nicht aufgenommen worden. Die Gesetzeskraft ist ihr dadurch gemäss l. 2 § 19. C. de vet. iur. enucl. (I. 17) an sich entzogen. Doch würde sie auch jetzt noch von ausschlaggebender Bedeutung für die in der Kompilation enthaltenen Stellen sein, wenn sich in diesen irgendwelche Andeutungen von dem ius offerendi prioris creditoris fänden. Dies ist aber nach unserer Meinung nicht der Fall; daher kann die Sentenz des Paulus nicht einmal mehr als Interpretationsbehelf in Betracht kommen. Sie hat vielmehr für uns ein lediglich historisches Interesse und das ius offerendi des besseren Pfandgläubigers ist damit im justinianischen Rechte als beseitigt anzusehen. Der Grund für diese Beseitigung ist unschwer zu erkennen. Der Zweck des ius offerendi war Stärkung des durch gesetzliche Vorschrift in seiner vollen Wirksamkeit gehinderten jüngeren Pfandrechts. Der mit aller pfandrechtlichen Macht ausgestattete Vorhypothekar bedürfte natur-

[1]) Kurz erwähnt sei noch die Deutung, welche Schwemann a. a. O. S. 155 der Stelle giebt: Er meint, dass das „debitum“ des ersten Satzes identisch sei mit dem „omne quod debetur“ des zweiten; es sei beide Male von dem Anspruch des prior die Rede. Er übersetzt: „Der erste Gläubiger kann freilich nicht gezwungen werden, dir dem zweiten das ihm Geschuldete, d. h seine Forderung anzubieten etc.“ Unter Angebot der Forderung will er Auskunft über ihre Höhe etc. verstehen. Diese Interpretation scheint uns „offere debitum“ falsch zu deuten. Dieses ebensowohl wie offerre allein ist in allen hierher gehörigen Stellen nie etwas anderes als das dem Pfandgläubiger seitens der ihn abfindenden Persönlichkeit gemachte Zahlungsangebot, wie ein flüchtiger Blick in die einschlägigen Titel der Digesten und des Kodex bereits erkennen lässt.

[2]) Linde, Zeitschr. Bd. V S. 298 hat noch auf l. 5 § 1 D. de dist. pign. (20 5) aufmerksam gemacht. Aber sowohl er wie sein Gegner bei Schunk a. a. O. S. 121 führen aus, dass die Stelle nicht vom ius off. des besseren Pfandgläubigers spricht. Dieser dort entwickelten Ansicht ist unbedingt beizupflichten.

gemäss und regelmässig eines solchen Stärkungsmittels nicht. Man hat zwar häufig nachzuweisen versucht, dass das ius offerendi auch dem besseren Gläubiger unter Umständen Vorteil bringen könne. Allein soweit diese angeblichen Vorteile sich an den Besitz des Pfandobjektes knüpfen, wie Retentionsrecht wegen chirographarischer Forderungen [1]), antichretischer Fruchtgenuss [2]), vermochte der Gläubiger dieselben durch die ihm den Besitz verschaffende A° hypothecaria zu erlangen. Der Fall aber, dass der Gläubiger diese dem posterior gegenüber nicht anstellen konnte, weil er die Priorität seines Rechtes nicht darzuthun vermochte [3]), verdiente sicherlich eine Berücksichtigung seitens des Gesetzgebers nicht. Ebenso wenig hatte dieser Veranlassung, dem Vorhypothekar zur Erlangung von Vergünstigungen behilflich zu sein, die der posterior durch Vertrag sich hatte für sein Pfandrecht einräumen lassen, wie bessere Verkaufsbedingungen oder in älterer Zeit gar die Veräusserungsbefugnis selbst.[4]) Warum hatte der prior creditor verabsäumt, sich die gleichen Vorteile vom Schuldner auszubedingen? Sibi vigilantibus jus est criptum. Unrömisch ist endlich der Gesichtspunkt, dass der Vorhypothekar durch das ius offerendi in den Stand gesetzt werde, sich weitere sichere Kapitalsanlagen zu verschaffen, oder die einmal erworbene zu erhalten.[5])

IV.

Art der Ausübung des ius offerendi.

Zweck unseres Rechtsinstitutes ist Festigung der schwachen Nachhypothek gegenüber dem stärkeren Rechte des besseren Pfandgläubigers. Erreicht wird dieser Zweck dadurch, dass der nachstehende Gläubiger seinen Vormann abfindet, wobei er zwar kraft eigenen Rechtes handelt, aber doch juristisch nicht anders aufzufassen ist denn als negotiorum gestor[6]) des Schuldners.

---

[1]) Müller, Archiv f. civ. Pr. XI S. 391. Schunck a. a. O. S. 123. Linde a a. O. S. 294 u. 297 Anm.

[2]) Thon a. a.O. S. 17 ff.

[3]) Thon a. a. O. S. 22.

[4]) Thon a. a. O. S. 22.

[5]) Linde a. a. O. S. 297.

[6]) Vergl. hierüber den folgenden Abschnitt.

Die vorstehenden Sätze sind es, welche uns bei der Beantwortung der Frage, in welcher Weise das ius offerendi auszuüben sei, als Richtschnur dienen; sie enthalten die Principien, nach denen etwaige hierbei auftauchende Streitfragen zu lösen sind.

Das ius offerendi richtet sich gegen die Übermacht des prior creditor hypothecarius, deren Beseitigung es anstrebt. Übermächtig ist jener Gläubiger aber nur insoweit, als sein besseres Pfandrecht reicht. Daher bedarf es auch nur insoweit seiner Befriedigung durch den Nachhypothekar. Somit kann der bessere Gläubiger von dem Letzteren nicht Ersatz für rein persönliche Forderungen, die ihm gegen den gemeinsamen Schuldner zustehen, verlangen, wiewohl er wegen derselben dem debitor selbst gegenüber nach der bekannten Konstitution Gordians III ein Retentionsrecht an dem in seinem Besitze befindlichen Pfandobjekte auszuüben befugt ist[1]). Der Kaiser hat ausdrücklich den offerierenden Nachhypothekar von der Pflicht für derartige Ansprüche aufzukommen befreit.

Nur das vorstehende Pfandrecht bringt dem jüngeren Gläubiger Gefahr, daher ist nur eine Befriedigung derjenigen Forderungen notwendig, welche durch jenes gedeckt werden.

Nehmen wir an, dass auf ein und demselben Gegenstande für primus an erster Stelle eine Hypothek von 1000 und an dritter Stelle eine solche von 200, zwischen beiden aber — also an zweiter Stelle — für secundus eine Hypothek von 500 lastet, so würde secundus bei Ausübung des ius offerendi dem primus nur die an erster Stelle rangierenden 1000 anzubieten bezw. zu zahlen haben.

Man[2]) hat demgegenüber darauf hingewiesen, dass, nachdem der secundus durch die Abzahlung der 1000 die erste Hypothek an sich gebracht hätte, der primus, welcher ja mit den 200 unverändert an letzter Stelle geblieben sei, sofort seinerseits die 1000 dem secundus wiedererstatten könnte, dass damit die ursprünglichen Rechtsverhältnisse rekonstituiert seien, dass dann also secundus von neuem die 1000 zu offerieren vermöchte — kurz dass bei jener auch hier vertretenen Ansicht eine fortgesetzte Reihe von Oblationen möglich, ja wahrscheinlich wäre, deren Ziel und Ende sich nicht absehen liesse; daher müsse man in solchem Falle annehmen, dass der secundus

---

[1]) l. un. § 1 C. etiam obchirographariam pecuniam (VIII. 26).

[2]) Schmid: Grundlehren der Cession. Braunschweig 1863 I S. 314, ebenso Puchta: Vorlesungen über das heutige römische Recht. Lpzg. 1847. Bd. I § 213 No. 3 und Larombière: Théorie et practique des obligations. Paris 1885. Bd IV S. 321.

gehalten sei, den primus voll und ganz, also auch wegen der an dritter Stelle locierenden 200 abzufinden.

Diesen Ausführungen ist nicht beizutreten.

Der secundus ist bei der angenommenen Sachlage der den dritten Rang einnehmenden Hypothek des primus gegenüber unbedingt der bessere Pfandgläubiger. Nach unserer Ansicht würde somit von einer Abfindung der jüngsten Hypothek durch ihn schon um deswillen nicht die Rede sein können, weil er als prior dem posterior gegenüber das ius offerendi wenigstens nach justinianischem Rechte überhaupt nicht besitzt. Aber selbst wenn man ihm das ius offerendi zuzubilligen geneigt sein sollte, ist jene Ansicht der l. 5 C. qui postiores (8. 17) gegenüber nicht aufrecht zu erhalten. Dort heisst es ganz allgemein: prior quidem creditor compelli non potest tibi, qui posteriore loco pignus accepisti, debitum offerre. Nach der Meinung der Gegner würde aber im vorliegenden Falle doch ein Zwang zur Oblation gegen den prior ausgeübt werden können. — Völlig unverträglich scheint endlich jene Ansicht mit l. 20 D. qui potiores (20. 4), wo Tryphonin sagt:

Quaerebatur, si post primum contractum tuum, antequam aliam pecuniam tu crederes, eidem debitori Seius credidisset quinquaginta et hyperocham huius rei, quae tibi pignori data esset, debitor obligasset, dehinc tu eidem debitori crederes forte quadraginta: quod plus est in pretio rei quam primo credidisti utrum Seio ob quinquaginta an tibi in quadraginta crederet pignoris hyperocha. Finge Seium paratum esse offerre tibi summam primo ordine creditam. Dixi consequens esse, ut Seius potior sit in eo quod amplius est in pignore, et oblata ab eo summa primo ordine credita usurarumque eius postponatur primus creditor in summam quam postea eidem debitori credidit.

Der Fragsteller hat zwei Pfandrechte an derselben Sache, eins an erster, eins an dritter Stelle. Zwischen beiden rangiert Seius als Pfandgläubiger. Es liegt also genau dasjenige Sachverhältnis vor, welches oben von uns angenommen wurde.

Tryphonin setzt nun den Fall, dass Seius dem Fragsteller ausschliesslich die erste Hypothek, nicht auch die dritte offeriert, und er entscheidet, dass Seius dann dem Letzteren bezüglich der beiden ersten Hypotheken vorgehen solle. Wie könnte der Jurist einen derartigen Fall in seinen Gedanken konstruieren, wie könnte er ihn so entscheiden, wie dies geschieht, wenn wirklich anerkannt war, dass in solcher Lage der primus auch für seine dem offerierenden secundus nachstehenden Pfandrechte Befriedigung zu verlangen berechtigt wäre?

Die angeblichen Schwierigkeiten, welche hauptsächlich zur Bildung der hier bekämpften Ansicht geführt haben[1]), dürften wohl in der Theorie, selten aber im praktischen Leben angetroffen werden. Man erwäge zunächst, dass in dem gedachten Falle die Lage des secundus dem primus gegenüber eine recht gesicherte ist. Denn der Letztere, welcher zugleich tertius creditor ist, wird sein stärkstes Pfandrecht gewiss so anwenden, dass dadurch auch seine schwächste Hypothek nicht Schaden erleidet. Dass der primus also zum Nachteil des secundus handeln, etwa zum Verkauf des Pfandobjektes schreiten wird, ist kaum anzunehmen.

Somit dürfte der secundus in dem angenommenen Falle das ius offerendi nur nötig haben, um sich die ihm fehlende Veräusserungsbefugnis zu verschaffen, und er wird es regelmässig wohl nur zu diesem Zweck anwenden. Thut er dies, dann ist allerdings denkbar, dass nunmehr der primus kraft seines jüngsten Pfandrechtes wiederum zur Abfindung des secundus wegen der ersten Hypothek schritte, dass secundus erneut offerierte, kurz, dass ein circus inextriabilis von Oblationen entstände.

Scheint es aber, nur um dieser Schwierigkeit zu entgehen, billig, den secundus, dem doch zur Befestigung seines Pfandrechtes das ius offerendi gegeben ist, nun bei der Ausübung dieses Rechtes zu zwingen, noch für eine möglicherweise weit schwächere Hypothek, als es seine eigene ist, aufzukommen? Gewiss nicht. Der Billigkeit entsprechender dürfte es vielmehr sein, den primus, der nach der Oblation durch den secundus zum tertius geworden ist, zu nötigen, wenn er nun seinerseits offerieren will, dem secundus beide in dessen Hand vereinigten Pfandrechte abzuzahlen. Und so wird man in der That dann entscheiden müssen, wenn zwischen den beiden Gläubigern eine Einigung in Güte nicht möglich ist.

Aehnlich liegt der Fall, wenn der Oblat dem Offerenten von vornherein mit mehreren Hypotheken vorgeht. Dann ist zwar der Offerent an sich berechtigt, jede ihm beliebige einzelne Post einzulösen. Geschieht dies aber in der Weise, dass der Oblat eine oder mehrere der abgelösten Post nachstehende Posten behält, so muss der Offerent auch diese offerieren, sobald der Oblat erklärt, er werde

---

[1]) Schmid beruft sich für dieselbe noch auf l. 2 C. de fidejussoribus (8.) und auf l. 3 § 1 D. qui potiores (20. 4). Beide Stellen sind nicht beweiskräftig, wie Thon a. a. O. S. 49 in eingehender Erörterung dargelegt hat.

auf Grund derselben seinerseits nunmehr das ius offerendi wegen der abgelösten Post ausüben[1]).

Ist sonach der Nachhypothekar nicht mehr zu zahlen gehalten, als die durch das bessere Pfandrecht gesicherten Ansprüche betragen, so muss er doch auf der anderen Seite für diese voll und ganz aufkommen. Es genügtealso nicht, wenn er nur das Kapital der Hypothekenforderung entrichten wollte, er ist vielmehr auch etwa rückständige Zinsen, ferner Aufwendungen, welche für das Pfandobjekt vom Oblaten gemacht würden, endlich Kosten,[2]) die dieser zwecks Realisierung seines Rechtes gehabt, zu ersetzen gezwungen.

Sed si tu omne quod debetur solveris, pignoris tui causa firmabitur sagt l. 5 C. qui potiores.

Aus diesen Worten folgt zugleich, dass der Vorhypothekar Teilzahlungen anzunehmen nicht gehalten ist. Doch könnte das Entgegengesetzte dann eintreten, wenn der Schuldner das Recht hätte, ratenweise seine Schuld zu tilgen[3]); denn der Nachhypothekar handelt juristisch für den debitor, als dessen negotiorum gestor.

In dieser seiner Eigenschaft ist er nun auf der anderen Seite

---

[1]) Mit dieser Modifikation stimme ich dem in der Juristischen Wochenschrift 1883 S. 301 abgedruckten Oberlandesgerichtsurteile bei.

[2]) Vergl. das in der vorigen Note citierte Erkenntnis. Im Prozess werden Zinsen, Kosten u. s. w. bei Bestimmung der Höhe des Objektes mitgerechnet. § 4. C. P. O. findet keine Anwendung. Vergl. Reichsger. Entsch. XII. S. 259.

[3]) Dernburg Pfandrecht II S. 526. Man war früher anderer Ansicht. Interessant ist folgender von Mevius Decision. sup. caus. praecip. Francf. 1705 p. IV dec. 345 berichtete Fall. Nach dem dreissigjährigen Kriege war durch kaiserliche Verfügung zu Gunsten der Schuldner bestimmt, dass die bei Erlass der Verfügung rückständigen Zinsen zu drei Vierteln kassiert sein sollten, die dann noch restierenden aber in bestimmten Teilzahlungen zu entrichten seien. Ein Erkenntnis des Tribunals von Wismar v. 28. X. 1656 entschied nun, dass die erlassenen drei Viertel der Zinsen dem Vorhypothekar auch bei Ausübung des ius offerendi durch den Nachhypothekar nicht ersetzt zu werden brauchten, weil dieselben durch die Verfügung völlig aufgehoben seien. Dagegen sei der vorstehende Gläubiger nicht etwa genötigt, auch vom posterior die dem Schuldner nachgelassenen Teilzahlungen anzunehmen, vielmehr könne er von jenem die Gesamtsumme sofort verlangen; denn die Stundung solle eine Begünstigung ausschliesslich des Schuldners sein: zudem könne der Vorhypothekar nicht gezwungen werden, einem anderen als dem ursprünglichen debitor zu creditieren. Ist der erste Grund allenfalls annehmbar, so ist dies sicherlich nicht der zweite. Davon, dass, wenn der Nachhypothekar eine Teilzahlung leistet, nun ihm etwa der Rest creditiert werde, kann keine Rede sein.

auch gehalten, ebenso zu erfüllen, als dies der Schuldner thun musste. Richtet sich daher der Anspruch des Vorhypothekars auf Leistung einer species, so müsste diese dargebracht werden. Ein Erbieten zur Entrichtung des Wertes oder zur Hingabe eines anderen Gegenstandes würde als genügend nicht anzusehen sein und daher vom Vormann zurückgewiesen werden können. Handelt es sich um Zahlung von Geldsummen, so müsste selbstverständlich mit den gesetzlichen Zahlungsmitteln also regelmässig in baar geleistet werden. Jede andere Abfindung durch datio in solutum, wohl auch durch Kompensation dürfte ausgeschlossen sein. Doch war man früher in dieser Beziehung nicht ganz so streng [1]).

Hervorzuheben ist endlich, was bereits früher erwähnt wurde, dass zwar zunächst bei der Ausübung des ius offerendi dem Vorhypothekar Befriedigung angetragen, dass eine oblatio debiti stattfinden muss, dass aber dies Angebot allein nur dann volle Wirkung hat, wenn ihm die Leistung bezw. Deposition folgt, wie dies l. 1. C. qui pot (8. 17) ausdrücklich hervorhebt.

Zur richtigen Ausübung des ius offerendi ist dem Nachhypotbekar eine genaue Kenntnis der Art wie der Höhe der dem abzufindenden Gläubiger zustehenden Forderung unerlässlich, das erhellt aus dem bisher Gesagten zur Genüge. Wie vermag er sich diese Kenntnis zu verschaffen? Kann er den Vormann zur Auskunft zwingen? Hat er sich dieserhalb an den Schuldner zu wenden? Die Quellen schweigen hierüber gänzlich. Nun steht der Nachhypothekar in einem Rechtsverhältnis zu seinem Vormanne nicht. Ein solches existiert vielmehr nur zwischen ihm und dem Schuldner. Der Letztere hat durch Konstituierung der Nachhypothek dem Inhaber derselben auch das mit dieser verbundene ius offerendi eingeräumt. Er dürfte daher verpflichtet sein, dem Gläubiger die zur Ausübung jenes Rechtes nothwendigen Angaben zu machen und wird hierzu eventuell durch die A° pigneraticia in personam gezwungen werden können. [2])

[1]) Mevius, Kommentar von den wucherlichen Kontrakten. 2. Aufl. Erfurt 1710 S. 193: — „Darum dann heutigen Tages bei den Gerichten nicht ebenso hart darauf gedrungen wird, dass der posterior creditor die bare Zahlung von dem Seinigen kraft des iuris offerendi thun müsse, sondern gehört wird, wann er gleich annehmliche Fürschläge thut, dadurch der anterior ohne seinen Nachteil oder Gefahr zu dem Seinigen gelangen thut; und wie sonst an andern Orten üblich, an sich auch billig, also hat man dergleichen Aequität bei dem Königlichen hohen Tribunal dem rigori et verbis legum stets praeferiret."

[2]) Vergl. Dernburg, Pfandrecht II S. 528.

Was die Zeit anbelangt, in welcher die Ausübung des ius offerendi gestattet ist, so ist zu bemerken, dass das Eintrittsrecht einen Annex des dem späteren Gläubiger zustehenden Pfandrechtes bildet. Daraus folgt, dass es mit diesem entsteht und zugleich mit ihm auch untergeht. Eine quellenmässige Bestimmung, dass es in der Zwischenzeit nur an bestimmten Terminen ausgeübt werden könne, existiert nicht. Das ist um so begreiflicher, als nur in diesem Falle das ius offerendi seinen Zweck, dem Nachhypothekar allzeit als Schutzmittel zu dienen, voll und ganz zu erfüllen im stande ist.

Gleichwohl werden wir auch während des Bestehens der Nachhypothek als solcher nicht unter allen Umständen den Offerenten von einer Rücksichtnahme auf die Zeit bei Geltendmachung seines Rechts entbinden können. Denn dem Vorhypothekar gegenüber tritt derselbe doch nur als für den Schuldner leistend, als dessen negotiorum gestor auf. Die Billigkeit wie die Natur der Sache fordern also, dass der bessere Gläubiger dann das Angebot ex iure offerendo nicht anzunehmen gehalten ist, wenn er die Erfüllung seitens des Schuldners selbst zurückweisen könnte. Ist daher die Pfandforderung für beide Theile oder doch für den Schuldner beim Abschluss des ersten Vertrages unkündbar gemacht worden, ist dieselbe im Interesse des Vorhypothekars erst an einem bestimmten Tage zahlbar, so würde der Nachhypothekar das ius offerendi nicht vor dem Zeitpunkt, an welchem auch der Schuldner zu erfüllen vermöchte, ausüben dürfen. Ist eine Kündigungsfrist zwischen Vormann und Schuldner vereinbart, so wird man dem Nachhypothekar die Pflicht und auch das Recht der Kündigung zuzugestehen haben, sobald jene Frist zum Nutzen des Oblaten festgesetzt worden war.

Das ius offerendi geht unter, sobald die Nachhypothek erlischt oder ihre Eigenschaft als nachstehendes Pfandrecht verliert.

Die Quellen heben besonders hervor, dass der Verlust des ius offerendi den Nachhypothekar dann treffe, wenn der prior creditor die Pfandsache zum Verkaufe bringt.

So sagt Papinian in l. 3 pr. D. de distract. pign. (205): Cum prior creditor pignus iure conventionis vendidit, secundo creditori non superesse ius offerendae pecuniae convenit.[1]).

Dies tritt jedoch nur dann ein, wenn durch einen derartigen

[1]) Im modernen Immobiliarzwangsversteigerungsverfahren dürfte demnach der Termin zur Verkündung des Zuschlags an den Ersteher den Grenzpunkt für Ausübung des ius offerendi bilden.

Verkauf die Vorhypothek sowohl wie die übrigen Pfandrechte, welche auf dem Objekt ruhen, erlöschen. Daher geschieht es nicht, sobald der Bürge, welcher für die Forderung des besseren Gläubigers aufzukommen sich verpflichtete, diesem Zahlung leistet und hierfür von ihm das Pfandobjekt emptionis titulo erwirbt. Denn der Kauf der Sache verdeckt in diesem Falle nur den Erwerb der Vorhypothek durch den Bürgen, welcher die Abtretung der letzteren vom befriedigten Gläubiger zu verlangen berechtigt war.[1]) Der Bürge erschien somit nur als besserer Gläubiger, die Existenz der Nachhypotheken wurde durch jenen Verkauf nicht berührt. Dies deutet Papinian in l. 2 D. de distract. pign. (20. 5) an, wenn er sagt: Fideiussor conventus officio iudicis adsecutus est, ut emptionis titulo praedium creditori pignori datum susciperet: nihilo minus alteri creditori, qui postea sub eodem pignore contraxit, offerendae pecuniae, quam fideiussor dependit, cum usuris medii temporis facultas erit; nam huiusmodi venditio transferendi pignoris causa necessitate iuris fieri solet.

Ebenso wenig tritt ein Erlöschen des ius offerendi der späteren Gläubiger ein, wenn der secundus creditor unter Befriedigung des ersten Gläubigers von diesem das Pfandobjekt ersteht. Der secundus schien nämlich einen derartigen Kauf weniger zu schliessen, um Eigentum an der Pfandsache zu erwerben, als vielmehr um seine Hypothek zu retten. Man betrachtete ihn daher ebenso wie den fideiussor nur als successor des besseren Pfandgläubigers. Deshalb musste er gegen volle Befriedigung dem Schuldner die Sache wieder abtreten; deshalb blieben die weiteren Hypotheken bestehen und mit ihnen das ius offerendi der Inhaber derselben.

Dies geht hervor aus l. 5. 6 D. de distr. pignorum, welche lauten:

Marcianus libro sing. ad form. hyp: Cum secundus creditor oblata priori pecunia in locum eius successerit, venditionem ob pecuniam solutam recte facit. § 1. Si secundus creditor vel fideiussor soluta pecunia pignora susceperint, recte iis offertur, quamvis emptionis titulo ea tenuerunt. —

Modestinus lib. octavo regularum: Cum posterior creditor a priore pignus emit, non tam acquirendi dominii quam servandi pignoris sui causa intellegitur pecuniam dedisse et ideo offerri ei a debitore potest. —

---

[1]) l. 5 C. de fideiuss. (VII. 40.) Vergl. auch die ausführliche Betrachtung von Bachofen a. a. O. S. 530 ff.

Ein Verkauf des Pfandobjektes durch den Schuldner liess regelmässig die an jenem konstituierten Hypotheken unberührt und übte deshalb auch keinerlei Einfluss auf das ius offerendi aus. Bemerkenswerth ist dabei die schon früher erwähnte Thatsache, dass, wenn der debitor verkauft, und mit dem Erlöse der primus creditor abgefunden wird, der Käufer insoweit in die Rechtsstellung des befriedigten Gläubigers eintritt, sich insoweit gegen die Nachhypothekare zu schützen vermag, dafür aber auch dem ius offerendi derselben ausgesetzt bleibt.[1] — Ein Aehnliches findet statt, sobald der Schuldner, anstatt die Forderung des Vorhypothekars durch Zahlung zu tilgen, diesem das Pfandobjekt per dationem in solatum übereignet. Hier wird der Gläubiger selbst durch die Rechte, welche er vorher an dem fraglichen Objekte gehabt hat, noch weiterhin gegenüber den Nachhypothekaren gesichert; aber auch er muss sich die Oblation seitens der Letzteren gefallen lassen.[2]

Zu Zweifeln hat die Frage Veranlassung gegeben, ob das ius offerendi der Verjährung unterliege?

Die älteren Juristen[3], namentlich auch die Glossatoren waren auf Grund der l. 7 § 3 C. de praescr. XXX vel XL. ann. (7. 39) übereinstimmend der Ansicht, dass dies der Fall sei, und noch heute wird diese Meinung von sehr vielen Schriftstellern getheilt. So sagt z. B. Windscheid:[4] „Das Ausbezahlungsrecht geht dem nachstehenden Gläubiger verloren, wenn er den vorgehenden bei Lebzeiten des Schuldners 40 Jahre, nach dessen Tode 30 Jahre lang im Besitze der Pfandsache lässt."

Dagegen wird namentlich von Thon ausgeführt.[5] dass nicht das ius offerendi selbst durch die Berufung auf einen derartigen Besitz dem Nachhypothekar entzogen werde, sondern dass dadurch nur die A° hypothecaria wirkungslos werde, welche der nach-

---

[1]) l. 3. § 1 D. de distract. pign. (20. 5) cf. oben Seite 23 ff.

[2]) l. 1 C. si antiquior creditor (8. 19).

[3]) Nach der im Corp. iur. gloss. (Ausg. Lugd. 1612) zu l. 7 § 3 C. de praescr. (7. 39) enthalt. Scholie nahmen Bulgarus, Accursius, Bartolus, Angelus, Castrensis, Cynus Verjährung des J. O. an. Ebenso Fulgosius ad h. l. No. 4, Negusantius a. a. O. p. V m. 3. No. 52. Dominicus Tuschus Practicae conclusiones iuris Lugd. 1671 lib. V lit. O. concl. 77 No. 33. Neuerdings Sintenis Pfandrecht S. 420 und Keller Pandekten. I § 209. Baron Pandekten § 193 (3 Aufl. S. 1879) u. a

[4]) Pandecten I § 233 b No. 4 im Text.

[5]) Zeitschrift für Civilr. u. Process. B. VIII S. 23. Ebenso Gesterding. Pfandrecht S. 312 No. 4, Dernburg Pfandrecht II S. 606.

stehende Gläubiger auf Grund seiner Oblation gegen den besitzenden Vorhypothekar anstelle.

Dieser Ansicht dürfte bei genauerer Betrachtung der hier in Betracht kommenden l. 7 § 3 C. de praescr. XXX ann. wohl beizustimmen sein.

In den ersten Paragraphen dieser Konstitution bestimmt der Kaiser Justinus, dass der mit der A° hypothecaria belangte Pfandschuldner die praescriptio longae possessionis geltend machen könne, wenn er sich 40 Jahre lang seit Anstellbarkeit der Klage im Besitze der Pfandsache befunden hätte. Ebenso solle auch der posterior creditor die Pfandklage des vorstehenden Gläubigers bei Lebzeiten des debitor unter Berufung auf 40jährigen Besitz, nach dessen Tode durch Nachweis der 30jährigen possessio unwirksam machen können. Zunächst ist also in der Konstitution ausschliesslich von der Verjährung der A° hypothecaria die Rede. In § 3 fährt dann der Kaiser fort:

Eodem iure pro temporum computatione observando et si posterior creditor anteriori creditori offerre debitum paratus est, et si creditor longaevam possessionis praescriptionem ei opponere conatur.

Aus den Worten „longaevam possessionis praescriptionem opponere“ ist unbedingt zu entnehmen, dass es sich um eine Einrede handelt, welche dem prior gegen den posterior zustehen soll. Die Einrede aber setzt eine Klage des posterior voraus. Welcher Art diese ist, sagt der Kaiser nicht. Da aber vorher stets nur von der A° hypothecaria gesprochen wird, kann bei jener Klage füglich auch nur an diese gedacht weeden. Zudem würde dieselbe auch thatsächlich die einzige Klage sein, welche der posterior unter Ausübung des ius offerendi gegen den prior anzustrengen vermöchte. Denn eine besondere Klage, etwa auf Cession der Rechte, entspringt aus dem ius offerendi für den Nachhypothekar nicht, wie wir später sehen werden.

Wenn nun auch die auf Grund der Oblation vom posterior gegen den prior angestrengte Klage auf Herausgabe des Pfandobjektes vom Beklagten durch Berufung auf 30- oder 40jährigen Besitz unwirksam gemacht werden kann, so geht damit dem Kläger doch das ius offerendi selbst dem betreffenden Vorhypothekar gegenüber nicht verloren. Es kann dasselbe also nach wie vor ausgeübt werden und mit dem Momente, wo der prior den Besitz des Pfandobjektes aufgiebt, würde nach stattgefundener Oblation auch das Objekt dem neuen Erwerber entzogen werden können, sofern

dieser sich nicht auf die longa possessio des prior zu berufen vermöchte.

Wir schliessen diesen Abschnitt mit dem Hervorheben der Thatsache, dass die Geltendmachung des ius offerendi unabhängig von der Zustimmung der durch dieselbe berührten übrigen Personen also namentlich des abzufindenden Gläubigers wie des Schuldners erfolgte. Dies scheint unbedingt notwendig, wenn das Eintrittsrecht seinen Zweck, dem Nachhypothekar ein wirksames Schutzmittel zu sein, erreichen soll. Ohnedem würde der posterior creditor vielleicht überhaupt nicht das ius offerendi anzuwenden vermögen, weil jene Genehmigung der Interessenten versagt würde; er würde in allen Fällen nicht sicher sein, dass er es im geeigneten Moment auszuüben im stande wäre, da er ja nie wüsste, ob im gegebenen Zeitpunkte gerade mit der erforderlichen Schnelligkeit jene Zustimmung erlangt werden könnte.

Aus diesem Grunde ist einerseits der abzufindende Gläubiger gezwungen, die ihm ordnungsgemäss angebotene Erfüllung seiner Forderung anzunehmen. Weigert er sich dessen, so kann der Offerent den fraglichen Leistungsgegenstand deponieren und auf diese Weise den gewünschten Rechtseffect ohne weiteres erreichen. Das bestimmt die uns bereits bekannte l. 1 C. qui potiores, welche lautet:

Qui pignus secundo loco accipit, ita ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit aut cum obtulisset isque accipere noluisset, eam obsignavit et deposuit nec in usus suos convertit.

Aus den Worten der Konstitution scheint hervorzugehen, dass die Deposition in Rom nicht notwendig in loco publico, etwa einem Tempel stattzufinden brauchte, dass es vielmehr genügte, wenn der Offerent den zurückgewiesenen Betrag versiegelte, von seinem übrigen Vermögen getrennt aufbewahrte und nicht wieder für seine eigenen Bedürfnisse verwandte. Heutigen Tags wird man sicherlich nur die Hinterlegung bei Gericht oder bei einer für derartige Zwecke staatlich bestimmten Kasse als wirksam anzusehen haben.

Auf der anderen Seite vermag auch der Schuldner [1]) der Aus-

[1]) Marcian sagt in l. 12 § 6 D. qui potiores: Sciendum et secundo creditoti rem teneri etiam invito debitore tam in suum creditum quam in primi creditoris et in usuras suas et quas primo creditori solvit. —

übung des ius offerendi Widerspruch nicht entgegenzusetzen, es bedarf nicht einmal einer vorherigen Ankündigung von derselben an ihn. Dagegen erscheint es erforderlich, dass der Nachhypothekar, sobald die Oblation erfolgt ist, dem Schuldner Nachricht hiervon giebt. Dies dürfte mit Rücksicht auf seine Stellung als negotiorum gestor debitoris, wie in Anbetracht der Rechtsfolgen, welche sich an die Geltendmachung des ius offerendi knüpfen, anzunehmen sein.

V.

Wirkung der Ausübung des ius offerendi.

Sobald eine den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Ausübung des ius offerendi stattgefunden hat, richtet sich unser Augenmerk naturgemäss auf den Rechtseffekt, welcher durch dieselbe hervorgerufen wird.

Zwei verschiedene Rechte standen dem befriedigten Vorhypothekar zu: ein persönliches Forderungsrecht und ein diesem zur Sicherung dienendes Pfandrecht. Was wird aus beiden? Welche Wirkung übt die Abfindung ihres ursprünglichen Inhabers auf sie aus? Eine bündige, allen Zweifel ausschliessende Antwort auf diese Fragen geben uns die Quellen nicht. Sie heben als Folge der Oblation die Festigung der Nachhypothek hervor, wie wir sahen, und führen des weiteren aus, dass diese Festigung durch eine successio in locum, in ius prioris creditoris[1]) hervorgebracht werde. Wie aber ist diese Succession aufzufassen? Darüber geben sie uns eine deutliche Auskunft nicht, deshalb herrscht darüber lebhafter Streit seit Jahrhunderten schon.

[1]) Marcian: l. 12 § 9 D. qui pot. Et omnino secundus creditor nihil aliud iuris habet, nisi ut solvat priori et loco eius succedat.

Marican: l. 5 pr. D. de distr. pign. (20. 5). Cum secundus creditor oblata pecunia in locum primi successerit.

Paulus l. 16 D. qui pot. Plane tertius creditor in locum eius substituitur in ea quantitate quam superiori exsolvit.

Diocletian et Maximinian: l. 4 C. de his qui (8. 18). Tibi secundo creditiori offerendi pecuniam potestas est, ut succedas etiam in ius reipublicae. Ähnlich Paulus l. 3 D. quae res (20. 3) videamus an dici possit huc usque transire ad eum ius prioris, ut distrahere pignus huic liceat, quod admittendum existimo.

Die Glossatoren betrachteten Forderung wie Pfandrecht des Vorhypothekars als durch die Abfindung seitens des jüngeren Gläubigers erloschen. Sie erklärten aber, dass der posterior creditor mittels der successio in locum prioris eine der untergegangenen völlig gleiche Hypothek erwerbe[1]). Ob sich mit dieser auch eine dem getilgten Forderungsrechte entsprechende neue Obligation verbinde, sagen sie nirgends.

Gegen die Ansicht der Glosse erhob sich bereits unter den Postglossatoren entschiedene Opposition. Bartolus[2]) besonders verfocht energisch die Meinung, dass die Hypothek, welche der posterior erwerbe, dieselbe sei wie die des abgefundenen Vornamens, und ihm stimmten bei Jacobus, Cynus, Raymundus, endlich Salycetus[3]).

Weniger harmonierten diese Juristen aber bezüglich der Frage, ob auch das persönliche Recht des Vorhypothekars auf den Offerenten überginge. Entschieden dafür ist Salycetus[4]), dafür sind wohl auch Bartolus[5]) und Baldus[6]). Dagegen meinten Jacobus, Raymundus und Cynus, dass die successio in locum sive in ius prioris nur den Eintritt in dessen dingliches Recht bedeute, welches in diesem Falle ohne obligatio personalis fortdauere[7]).

In der Folgezeit nun gelangte die Ansicht, dass das gesamte Rechtsverhältnis des prior auf den posterior überginge, zu fast unumschränkter Geltung. Zu ihren Anhängern zählten bis in unser Jahrhundert hinein fast alle Schriftsteller, welche überhaupt sich

---

[1]) Azo. Summa ad tit. C. de his qui (8. 18) No. 2. Illud non audeo dicere, quod hypotheca, quae dabatur primo, detur secundo; quia ista est extincta, cum extinctum sit principale debitum. Gl. ad l. Aristo D. quae res pign. (20. 3). Sed nunquid datur eadem hypotheca secundo quao dabatur secundo? Resp. non; quia illa sublata fuit solutione; sed est per omnia similis naturae.

[2]) Comment. in l. 3 D. quae res (20. 3.) Oper. omn. Venet. 1580 Bd. I p. 134. Quaero nunquid hypothecaria quae datur secundo, sit eadem cum ea quae datur primo Gl. quae his est dicit, quod non. Ego dico, quod est eadem vere.

[3]) Cf. Salycetus Super Dig. vetus (Lugduni 1549) zu l. Aristo, der die Ansichten der genannten Juristen eingehend aufführt.

[4]) a. a. O. Sed tunc insurgit dubium, an succedat in pignus tantum et sic in hypothecaria, an in personalia tantum an in utraque. — Forte non est absurdum dicere: in utraque.

[5]) a. a. O

[6]) Consilia p. II cap. 63 No. 1. Ille enim qui succedit in locum prioris eius iure uti. —

[7]) Cf. Salycetus a a. O.

eingehender mit den Wirkungen der Ausübung des ius offerendi beschäftigten, wobei zu bemerken ist, dass die Mehrzahl der älteren Juristen sich begnügt, jene Wirkung mit den Worten der Quellen als successio in ius prioris oder als confirmatio pignoris secundi zu bezeichnen.

Im Einzelnen finden sich unter den Anhängern der Theorie der vollkommenen Succession kleine Abweichungen. Einige derselben heben nur die Thatsache des Rechtseintritts hervor, ohne ausführlicher zu erörtern, in welcher Weise sich dieser vollziehe, ob dazu eine Cession notwendig ist oder nicht. So sagt z. B. Mudaeus[1]): Generaliter enim et indistincte traditum est ius prioris transire ad sequentem, omne ius tam personalis actionis — saltem utilis de credito — quam hypothecariae actionis. Ähnlich, wenngleich weniger entschieden, äussern sich Donellus[2]), Balduinus[3]), später Struvius[4]). Andere Juristen suchen dagegen in eingehender Erörterung nachzuweisen, dass in Folge der Geltendmachung des ius offerendi der prior vom posterior genötigt werden könne, seine Rechte diesem zu cedieren, dass ferner, wenn er sich weigere, dem nachzukommen, die Cession als geschehen angenommen werden könne. Auf diesem Standpunkt standen Negusantius[5]), Mercur. Merlinus[6]), Dominicus Tuschus[7]) Crusius[8]) und Gadebusch.[9]) Man ging sogar so weit, die Ausübung des ius offerendi direkt als einen Kauf des dem prior zustehenden Forderungs- bezw. Pfand-

---

[1]) Tractatus de pign. et hyp. No. 78 im Corp. select. tract. de pign. Frankfurt 1586 S. 374.

[2]) Tract. de pign. et hyp. cap. 13 im Corp. select. tract. S. 217. Hoc amplius et quod ex sua persona facere non potuit qui in prioris locum substitutus est, ex illius persona facere poterit, quia illius iure utatur non sua.

[3]) Comment. de pign. et hyp. cap. 19 im Corp. select. tract S. 247: Si hypothecarius solvendo priori omnimodo in eius locum et ius universum succedis.

[4]) Syntagma iuris civilis Thl. II exerc. 26 No. 34.

[5]) Tract. de pign. et hyp. p. 5 m. 3 No. 10. Corp. select. tract. S. 112. Secundo consequitur, quod potest primum creditorem etiam invitum cogere ad cedendum sua iura. Tertio consequitur, quod si primus creditor nolit cedere secundo, absque cessione secundus succedit in ius primi. Cf. No. 13, No. 15 ebenda.

[6]) Tractatus de pign. et hyp. l. IV tit. 2 quaest 43 No. 17. 18. 20.

[7]) Pract. conclus. iuris. Bd. 5 concl. 77 lit. O.

[8]) De iure offerendi tractatus Bremen 1861, S. 138.

[9]) Tract. de iur. offer. Greifsw. 1653, Th. I No. 18.

rechts zu bezeichnen. Dies thaten Connanus [1]), Schilter [2]), Cocceji. [3]) — In der späteren Zeit wurde man zweifelhaft, ob eine ausdrückliche Cession der Rechte den an posterior seitens des prior notwendig sei. Haubold [4]), sowohl wie Günther [5]) glaubten, dies träfe nur dann zu, wenn ein tertius oder ein noch entfernter stehender Gläubiger dem primus gegenüber zur Ausübung des ius offerendi schritte; der secundus creditor sollte dagegen ipso iure in ius primi succedieren. Diese Ansicht stellte auch Westphal [6]) als die wahrscheinlich richtige hin, wiewohl er die Entscheidung als nicht unzweifelhaft bezeichnete.

Dagegen glaubte Holzschuher, dass die Cession zur Erwerbung des dem prior zustehenden Rechtes nicht nötig sei, wohl aber werde zur Vollziehung und Ausübung desselben cessio oder adjudicatio unentbehrlich. [7])

Seit dem Beginn unseres Jahrhunderts griff die Anschauung Platz, dass jene Sucession stets unmittelbar „ipso iure“ eintrete. Das nahmen schlechthin an Glück [8]), Göschen [9]), Sintenis [10]), Heimbach [11]), Seuffert [12]), Keller [13]), neuerdings Adamkiewicz [14]), während Puchta [15]), Linde [16]), Arndts [17]), Zimmermann [18]) den Rechtsübergang

---

[1]) Comment. iur. civilis Paris 1553 l IV cap. 18. Et si quidem posterior creditor offerat priori creditori, quod ipsi debetur, id enim iure suo potest, succedit in eius locum, nam non rem ipsam sed ius prioris pignoris emisse videtur.

[2]) Praxis iuris Romani Francf. 1713 exerc ad Pand. XXIII § 32.

[3]) Cocceji-Alers. Disput. de iure offerendi Heidelb. 1678 S. 4.

[4]) a. a. O. (Barth Diss. Samml. IV) S. 202.

[5]) Princip. iuris Romani priv. Jena 1809 § 690.

[6]) Erläuterung der röm. Ges. v. Pfandr. Leipz. 1791 § 172 No. 189.

[7]) Theorie und Kasuistik. Leipz. 1864. II S. 585.

[8]) Erläuterung der Pandekten. Erl. 1817 Bd. 19 S. 362.

[9]) Vorl. über Civilrecht, II. Aufl. Bd. II § 355.

[10]) Pfandrecht, S. 415.

[11]) in Weiskes Rechtslexikon Bd. VIII S. 53.

[12]) Prakt. Pandektenr. Würzburg 1860, Bd. I § 219 No. 4 in Verb. mit § 202.

[13]) Pandekten 1861 Bd. I § 209.

[14]) Arch. f. civ. Praxis, Bd. 56 S. 48.

[15]) Institutionen 9. Aufl. Leipz. 1881 § 250 und Vorlesungen Bd. I § 213, wo von einer „gewissermassen erzwungenen Cession“ gesprochen wird.

[16]) Zeitschr. f. Civilr. nnd Prozess Bd. V S. 291.

[17]) Pandekten § 374.

[18]) Arch. f. civ. Praxis, Bd. 53 S. 394.

als einen der Cession ähnlichen bezeichneten. Ihnen schliessen sich Mühlenbruch[1]), Schmidt[2]), Simon[3]). Rosshirt[4]) an, welche die Succession als durch eine gesetzliche, bezw. fingierte Cession vermittelt erachten, während Bachofen[5]) dieselbe als eine eigenartige, der erbrechtlichen successio in ius defuncti analoge aufgefasst wissen will.

Nur vereinzelt finden sich — abgesehen von den Glossatoren — in den vergangenen Jahrhunderten Schriftsteller, welche von der herrschenden Theorie des durch das ius offerendi erzielten vollkommenen Rechtsüberganges abwichen. Zu ihnen gehören Becmann[6]) und Ring[7]), von welchen der erstere den Untergang von Forderung und Pfandrecht des prior, der letztere, mit welchem sich Erxleben[8]) in Übereinstimmung zu finden scheint, nur den Untergang der Obligatio personalis annahm.

Entschiedenere Opposition gegen jene Theorie erhob sich dagegen in unserem Jahrhundert. Schmidt[9]) erklärte durch Ausübung des ius offerendi Forderung wie Pfandrecht des creditor dimissus erloschen und fasste die Succession des secundus creditor als Eintritt des demselben zustehenden Pfandrechts in den Rang und die Kompetenzen der erloschenen Hypothek des primus auf.

Diese Theorie wurde von Dernburg[10]) völlig selbständig und sehr eingehend begründet und in dieser Entwicklung von Schlayer[11]), sowie modificiert von Schott[12]) und Karsten[13]) angenommen, während Brinz[14]) und Baron[15]) eine successio ausschliesslich in ius pignoris

[1]) Lehre von der Cession der Forderungsrechte. Greifswald 1836 § 45 „Gesetzliche Cession."

[2]) Grundlehren der Cession I S. 328 § 35.

[3]) Archiv für civilr. Praxis, Bd. 41 S. 45.

[4]) Gemeines Civilrecht. Heidelb. 1840 II S. 232. Er spricht von ausdrücklicher oder stillschweigender Cession.

[5]) Pfandrecht S. 523 cfr. S. 512. Ihm schliesst sich an Luden, Archiv für civ. Praxis, Bd. 53 S. 25.

[6]) Diss. de success. cred. in alter et suum ips. locum. Götting. 1781 (Barth. Diss. Samml. I S. 296 ff.)

[7]) Diss. de iure offerendi. Frankfurt a. O. 1700.

[8]) Princip. de iure pign. et hyp. Götting. 1779 § 256.

[9]) Allg. Grundsätze des Pfandrechts, Breslau 1840 S. 241. 258. 261.

[10]) Pfandrecht I S. 495.

[11]) Archiv für civ. Praxis, Bd. 64 S. 399.

[12]) Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 15 S. 56.

[13]) Die fingierte Cession, Rostock 1874, S. 113 ff.

[14]) Pandecten I. Aufl. Erl. 1857, Bd. I S. 292, II. Aufl. Bd. II S. 842

[15]) Pandecten 7. Aufl. 1890 § 193.

primi creditoris für vorliegend erachteten, bei welcher die persönliche Forderung des Oblaten erlosch. Den Letzteren schloss sich Windscheid [1]) zunächst an, um später der von Voss [2]) begründeten Theorie, nach welcher das Pfandrecht des prior auf den Offerenten übergeht und sich bei diesem mit einer demselben gegen den Schuldner erwachsenden Forderung ex negotiorum gestione verbindet. zuzustimmen. Diese Theorie wird auch von Tellegen [3]) für die richtige erklärt.

Nachdem wir solcher Gestalt einen Überblick über die verschiedenen Ansichten, die sich bezüglich der Wirkungen der Ausübung des ius offerendi in der Litteratur vertreten finden, gewonnen haben, wollen wir in dem folgendem versuchen, unter eingehender Würdigung des einschlägigen Quellenmaterials diejenige Theorie, welche dem Stande der Quellen am ehesten zu entsprechen scheint, zu erforschen. [4])

Wir fassen dabei zunächst die Wirkungen ins Auge, welche die Geltendmachung des ius offerendi auf das dem Vorhypothekar zustehende persönliche Recht ausübt.

Die Quellen geben uns über diesen Punkt am wenigsten genau Aufschluss. Doch lassen die Andeutungen, welche sich in ihnen vorfinden, die Annahme als richtig erscheinen, dass die obligatio personalis des Oblaten durch dessen Abfindung erlischt. Dafür spricht zunächst, dass die Quellen vorwiegend von einer solutio, einer Zahlung schlechthin reden, sobald sie die Ausübung des ius offerendi erwähnen. So. z. B. in l. 1 C. qui potiores (8, 17): si priori creditori debitam pecuniam solverit. — L. 5 C. eod. tit.: sed si tu ei comme quod debetur solveris. — L. 8 C. eod. tit. nisi superiori

---

[1]) Pandecten. I. § 233b.

[2]) Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 15. S. 332 ff.

[3]) Successio hypothecaria, Groningen 1880, S. 57. 58.

[4]) Man behandelt meist die durch Ausübung des ius offerendi erzielten Rechtswirkungen zusammen mit den in den übrigen Fällen der hypothekarischen Succession eintretenden Rechtseffekten und sucht nicht selten ein für alle gemeinsames Princip zu finden. Dass dies jemals gelingen wird, scheint bei der ausserordentlichen Verschiedenheit der einzelnen Fälle zweifelhaft. Die Sucession des Käufers wird eben anders aufzufassen sein. als die beim Novationsgeschäft stattfindende und diese wieder anders als die des offerierenden Nachhypothekars oder die des ein Abfindungsgeschäft mit dem Schuldner schliessenden Dritten.

creditori debita fuerit soluta quantitas. — l. 16 D. qui pot. (20. 4) in ea quantitate substituitur quam superiori exsolvit. L. 12 § 9 D. qui pot. (20. 4) usuras quas primo creditori solvit.

Solvere wie solutio dürften nun im vorliegenden Falle in ihrer gewöhnlichen Bedeutung als Zahlung zwecks Tilgung der Obligation aufzufassen sein. An eine Zahlung zwecks Erwerbung der letzteren, also zwecks Forderungskaufes werden wir um deswillen nicht denken können, weil die Quellen in solchem Falle die Ausdrücke solvere bezw. solutio zu vermeiden suchen. — Dass die hier vertretene Deutung von solvere dem Sprachgebrauche entspricht, ergiebt sich am deutlichsten aus l. 5 § 2 D. quib. mod. pign. (20. 6) wo es heisst:

Si convenerit, ut pro hypotheca fideiussor daretur et datus sit satisfactum videbitur, ut hypotheca liberetur. — Aliud est, si ius obligationis vendiderit creditor et pecuniam acceperit, tunc enim manent omnes obligationes integrae, quia pretii loco id accipitur non solutionis nomine.

Dass die Forderung des Oblaten durch die Zahlung des Nachmannes getilgt wird, ergiebt sich auch daraus, dass die Quellen als Folge derselben öfters die dimissio prioris creditoris hinstellen. So sagt Paulus in der oben besprochenen Sentenz: Novissimus creditor priorem oblata pecunia dimittere potest und in l. 16 D. qui potiores: Plane cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit; ferner Papinian in l. 1 D. de distr. pign. (20. 5) ante dimissum secundum creditorem; endlich Tryphonin in l. 12 § 12 D. de captivis (49. 15): posterior ab eo, qui tempore prior fuit, ut infirmiore dimittendus est. —

Der Ausdruck dimittere bedeutet aber nichts Anderes als das Auflösen eines rechtlichen Bandes dergestalt, dass dasselbe völlig zerrissen, nicht aber nur von einer Person losgelöst wird zum Zwecke der Wiederanknüpfung mit einer anderen. [1]) — Für den Übergang der obligatio personalis von dem prior auf den abfindenden posterior creditor beruft man sich nun auf mehrere Quellenstellen, denen wir uns jetzt zuwenden wollen.

In Betracht kommt zunächst l. 22 C. de pign. (8. 13).

Diocletian. et Maximian.: Secundus creditor offerendo priori debitum confirmat sibi pignus et a debito sortem eiusque tantum usuras, quae fuissent praestandae, non etiam usurarum usuras accipere potest. a. 294.

---

[1]) Cf. Thon. Ius offer. d. bess. Pfandgl. S. 29—30.

Hier soll nach Bachofen[1]) der Eintritt in die persönliche Forderung des abgefundenen Gläubigers mit allen ihren Vorzügen hervorgehoben werden.

Objektiv betrachtet sagt die Konstitution nur, dass der offerierende Gläubiger das Kapital und die Zinsen vom Schuldner erhalten könne, welche der Letztere dem befriedigten Vorhypothekar hätte zahlen müssen, dass also die dem Offerenten gebührende Forderung sich quantitativ decke mit der des creditor dimissus. Damit ist doch aber in keiner Weise festgestellt, dass die vom Nachhypothekar auf Grund der Abfindung gegen den Schuldner geltend zu machenden Ansprüche vom juristischen Gesichtspunkte aus dieselben seien wie die des Vormannes, dass sie durch die gleiche Klage geschützt würden und den gleichen Einreden unterliegen wie jene. Von einem Übergange der Obligatio des prior auf den posterior ist vollends auch nicht mit einem Worte die Rede.

Bei eingehender Betrachtung der Stelle wird man vielmehr im Gegensatz zu Bachofen aus derselben entnehmen müssen, dass auch nach der in Rom herrschenden Ansicht die persönliche Forderung des prior durch die Ausübung des ius offerendi getilgt wird und erlischt, nicht aber auf den Offerenten übertragen wird. Dies wird um so deutlicher, wenn man die l. 12 § 9 D. qui potiores in den Kreis der Betrachtung zieht. Diese Stelle lautet:

Marcianus lib. sing. ad form. hyp. Sciendum est secundo creditori rem teneri etiam invito debitore tam in suum creditum quam in primi creditoris et in usuras suas et quas primo creditori solvit: sed tamen usurarum, quas primo solvit, usuras non consequetur. Non enim negotium alterius gessit sed magis suum. Et ita Papinianus lib. III Responsorum scripsit et verum est. —

Es war offenbar — das geht aus der letztcitierten Stelle hervor — bald nach Entstehung unseres Rechtsinstitutes zweifelhaft geworden, welche juristischen Folgen die Ausübung des ius offerendi nach sich ziehe. Es muss sich dabei die Ansicht geltend gemacht haben, dass der Offerent als negotiorum gestor des Schuldners zu betrachten und dass er als solcher berechtigt sei, vom Schuldner Zinsen für die gesamte dem primus gezahlte Summe zu verlangen, gleichgültig, ob diese nur das Kapital der dem Letzteren zustehenden Forderung oder auch rückständige Zinsen umfasste. Dagegen erklärte sich Papinian unter Billigung Marcians, indem er hervorhob, dass der Offerent ja bei der Zahlung weit mehr seine eigenen

[1]) Pfandrecht S. 512, ebenso Schmid a. a. O. S. 331.

Interessen verfolge, als die des Schuldners. Er entschied daher, dass das Pfandobjekt nur für das dem prior vom debitor geschuldete Kapital hafte, sowie für die Zinsen, welche jenem vom Offerenten bezahlt wären. Aber die Sache war damit nicht definitiv geregelt. Trotz des grossen Ansehens, welches Papinian genoss, muss die Meinung, es sei der Offerent als negotiorum gestor des Schuldners aufzufassen, noch weiter Vertreter und Vertheidiger gefunden haben, die wir freilich nicht kennen. Denn etwa 90 Jahre nach Papinians Schrift wird an die Kaiser Maximinian und Diocletian wiederum die Frage gerichtet, was denn eigentlich der secundus creditor nach Ausübung des ius offerendi vom Schuldner verlangen könne, ob er auch Zinseszins zu fordern berechtigt sei. Die Kaiser entgegnen, der von Papinian vertretenen Ansicht folgend: Er kann genau das verlangen, was der debitor dem primus hätte zahlen müssen, nicht aber Zinsen von der gesamten, dem Letzteren entrichteten Summe, sobald diese auch rückständige Zinsen umfasst.

Aus alle dem geht zunächst auf das deutlichste hervor, dass die Meinung, es gehe auf den posterior die obligatio personalis des abgefundenen Gläubigers über, in Rom jedenfalls niemals allgemein und unbestritten gewesen sein kann, sofern sie überhaupt vertreten wurde. Denn die von Papinian bekämpfte Theorie geht doch offenbar davon aus, dass die persönliche Forderung des primus untergegangen ist, und dass der Offerent an ihrer Stelle einen Anspruch ex negotiorum gestione erhalten solle.

Es kann sich somit nur fragen, ob die von Papinian aufgestellte, von Marcian und den beiden Kaisern gebilligte Meinung annahm, dass eine Succession des posterior in ius obligationis prioris creditoris stattfinde. Wir glauben dies aus den citierten Stellen nicht schliessen zu können. Wäre dies wirklich die Ansicht der genannten Autoritäten gewesen, dann hätten sie dieselbe ihren so ganz und gar von ihnen abweichenden Gegnern gegenüber gewiss deutlicher zum Ausdruck gebracht. Allein gleichsam ängstlich haben sie vermieden, hier, wo es darauf ankam und von ausschlaggebender Bedeutung sein konnte, die sonst mit Vorliebe gebrauchten Bezeichnungen der successio in ius, in locum prioris creditoris anzuwenden. Daraus, dass dies nicht geschieht, dass des Überganges der Forderung nicht Erwähnung gethan wird, muss man schliessen, dass auch die für uns allein massgebende Ansicht einen solchen Übergang nicht als durch die Ausübung des ius offerendi verursacht annahm.

Für das Gegenteil beruft sich nun Adamkiewicz[1]) auf die be-

[1]) a. a. O. S. 47.

reits mehrfach erwähnte l. 12 § 12 D. de captivis (49. 15), welche von Tryphonin herrührt und des besseren Verständnisses halber hier nochmals ihren Platz finden möge:

Si pignori servus datus fuerat ante captivitatem, post dimissum redemptorem in veterem obligationem revertitur et si creditor obtulerit ei, qui redemit, quanto redemptus est, habet obligationem et in priorem debiti causam et in eam summam, qua eum liberavit, quasi ea obligatione quadam constitutione inducta: ut cum posterior creditor priori satisfacit confirmandi sui pignoris causa: nisi quod in hoc perversa res est, et posterior, quia eum servum, ut apud nos esset, efficit ab eo, qui tempore prior fuit, ut infirmiore dimittendus est.

Die Worte „quasi ea obligatione quadam constitutione inducta, ut cum posterior creditor priori satisfacit" sollen nach Adamkiewicz beweisen, „dass die Obligation des Vorhypothekars durch kaiserliche Konstitution auf den nachstehenden Pfandgläubiger hinübergeführt werde."

Demgegenüber ist zunächst hervorzuheben, dass das Wort „inducere" nicht „hinüberführen", sondern „einführen" bedeutet. Es ist sonach von der Schaffung des ius offerendi, nicht von dem Forderungsübergang die Rede. Ausserdem scheint aber mehr denn zweifelhaft, ob hier obligatio richtig mit Forderung im Sinne von persönlicher Forderung wiedergegeben wird.

Obligatio bedeutet durchaus nicht immer ein persönliches Rechtsverhältnis, „vielmehr reden die Quellen regelmässig von „obligare" und „obligatio", wenn sie von verpfänden und Pfandrecht handeln." [1]) Eine eingehende Betrachtung des Fragmentes selbst führt zu dem Schluss, dass auch hier obligatio soviel ist wie dingliche Unterwerfung der Sache unter das Recht des Pfandgläubigers.

Gleich im Anfang sagt Thryphonin: Servus ante captivitatem pignori datus in veterem obligationem revertitur post dimissum redemptorem. Unmöglich kann hier „obligatio" gleich persönlicher Verpflichtung sein. Es wird vielmehr gesagt, dass der Sklave nach Abfindung des Loskäufers in sein altes pfandrechtliches Verhältnis, in seinen frühern Pfandnexus zurücktrete. Dies weist bereits darauf hin, dass auch in dem Folgenden „obligatio" im pfandrechtlichen Sinne aufzufassen ist, zunächst also in den Worten: si creditor obtulerit ei, qui redemit, quanto redemptus est, habet obligationem et in priorem debiti causam et in eam summam qua, eum liberavit.

[1]) Dernburg. Pandekten, I. Aufl. I S. 636. Vergl. auch Mycielski a. a. O. S. 88. 89. Schmid a. a. O. S. 840. Letzterer meint, es werde dem posterior von Tryphonin eine quasi obligatio beigelegt. (?)

Unsere Ansicht wird zudem durch folgende Überlegung unterstützt: Die persönliche Forderung, welche durch das Pfandrecht am Sklaven gesichert werden sollte, war durch die Gefangennahme des Letzteren nicht im geringsten tangiert worden. Nach wie vor vermochte der Gläubiger seinem Schuldner gegenüber die ihm zustehenden rein persönlichen Ansprüche eventuell durch die betreffende Kontraktsklage geltend zu machen. Dagegen war das Pfandrecht, welches dem Kreditor am Sklaven eingeräumt war, durch die Gefangennahme des Letzteren ausser Wirksamkeit gesetzt und blieb dies auch nach dem Loskauf des Sklaven bis zu dem Augenblick, wo der redemptor wegen des Lösegeldes befriedigt war. Wenn nun Tryphonin vom abfindenden Pfandgläubiger sagt: habet obligationem in priorem debiti causam, so würde er etwas Selbstverständliches sagen, wenn er damit meinte, dass demselben nunmehr sein altes persönliches Recht zustehe — dies hatte unzweifelhaft nicht einen Augenblick aufgehört, ihm zuzustehen. Seine Worte gewinnen dagegen Bedeutung, wenn man sie so auffasst, dass der Gläubiger nunmehr ein Pfandrecht wegen seiner alten Forderung habe; dass ihm dies durch die dimissio redemptoris wiedergewonnen sei, bedurfte allerdings der Erwähnung.

Und weiter. Tryphonin sagt, der dimittierende Gläubiger habet obligationem et in ea summa qua eum liberavit, es steht ihm eine „obligatio“ in Höhe des Lösegeldes zu. Der Jurist findet dies offenbar auffallend, denn er weist zur Erklärung sofort auf den Umstand hin, dass der Nachhypothekar bei Ausübung des ius offerendi ebenfalls eine derartige „obligatio“ erwerbe und zwar kraft kaiserlicher Konstitution. Wäre es nun aber wirklich etwas so Merkwürdiges und Auffallendes, wenn der den redemptor befriedigende creditor gegen den Schuldner nur eine persönliche Forderung erhielte? Gewiss nicht. Durch seine Leistung verschaffte er dem debitor das Eigentum am Sklaven wieder, welches so lange ruhte. Die Vorbedingungen für die A° negotiorum gestorum contraria gegen den Schuldner wären also gewiss gegeben gewesen. Der Umstand dagegen ist auffällig, dass der abfindende Gläubiger für die Liberationssumme ein Pfandrecht am Sklaven erwirbt, ohne dass es ihm durch den Schuldner eingeräumt worden war, und dies bedurfte allerdings einer Erklärung, die Tryphonin durch Hinweis auf die ähnlichen beim ius offerendi durch den Eingriff kaiserlicher Macht geschaffenen Verhältnisse zu geben sucht.

Somit dürfte auch diese Stelle nichts für den Übergang der

persönlichen Forderung des abgefundenen Gläubigers auf den Nachhypothekar beweisen, und es dürfte dargethan sein, dass ein solcher nicht statt hat, dass vielmehr die obligatio personalis primi creditoris erlischt. —

Es entsteht nunmehr die weitere Frage, ob dem abfindenden Gläubiger an Stelle der erloschenen Forderung des Vormannes eine neue erwächst und, wenn dies der Fall ist, welcher Art dieselbe ist.

In dieser Beziehung äussert sich Brinz[1]) wie folgt:

„Hier findet eine successio in locum prioris creditoris oder in dessen ius pignoris, nicht aber in dessen obligationem statt. — Freilich besteht auch dieses Pfandrecht (in welches der Nachhypothekar succedierte) nicht ohne Forderung, das zeigt sich in dem Betrage, für den das Pfand haftet; allein die Forderung ist nicht mehr dieselbe, die der frühere Pfandgläubiger hatte, sie besteht nicht mehr ohne Pfandrecht und ausser demselben, sondern einzig durch das Pfandrecht und geht in diesem auf; sie ist auf den Boden des Pfandrechts gestellt."

Nach Brinz Ansicht geht also nur das Pfandrecht des Vorhypothekars auf den Offerenten über, der letztere erhält dagegen eine durch besondere Klage geltend zu machende persönliche Forderung nicht.

Es ist zuzugeben, dass die Quellen, wenigstens in den jetzt als richtig anerkannten Lesarten der einzelnen Stellen, ausdrücklich nicht erwähnen, dass der Nachhypothekar die Summe, mit welcher er den Vormann abgefunden hat, durch eine besondere A° eventuell vom Schuldner verlangen könnte. Allein dieser Umstand dürfte noch nicht zu dem Schlusse berechtigen, dass in der That eine besondere persönliche Obligation dem Offerenten nicht nach Ausübung des Eintrittsrechtes erwachse, dass er die dem befriedigten Vormanne entrichtete Summe nur durch das von Letzterem erworbene Pfandrecht zu erhalten vermöchte.

Die Quellen betonen offenbar vorzugsweise die Wirkungen, welche die Oblation auf das dingliche Recht des nachstehenden Pfandgläubigers ausübt: die durch dieselbe hinsichtlich der persönlichen Rechtsverhältnisse hervorgebrachten Veränderungen werden dagegen einer genauen Betrachtung nicht unterzogen. Sehr natürlich: denn die römischen Juristen erblickten in dem ius offerendi ein Festigungsmittel gerade für die Nachhypothek als solche. Wie

[1]) Pandecten I. Aufl. Bd. I S. 292, ebenso in anderer, kürzerer Formulirung II. Aufl. Bd. II S. 842.

dies Mittel seinen Zweck erfülle, wie es die Konsolidierung des schwächeren Pfandrechts erreicht, das zu zeigen lag ihnen zumeist am Herzen; auf die obligatio personalis und ihre Schicksale einzugehen hatten sie weniger Veranlassung.

Erklärt sich somit das Schweigen der Quellen darüber, dass der Nachhypothekar eine persönliche Forderung an Stelle der erloschenen des prior erwirbt, so sprechen für dies letztere auf der anderen Seite die gewichtigsten Gründe. Denn stimmt man der Auffassung von Brinz insofern bei, als man gleich ihm annimmt, es werde durch die Oblation der Übergang des dem Vorhypothekar zustehenden Pfandrechtes auf den abfindenden Gläubiger bewirkt, so müsste, wenn Letzterer eine neue persönliche Obligation nicht erhielte, die Hypothek des prior nunmehr völlig losgelöst von jedweder Forderung weiter existieren und in diesem Zustande auch übertragen werden. Ein derartiges Fortbestehen des Pfandrechts ist richtiger Ansicht nach den römischen Rechtsquellen unbekannt.

In den wenigen absolut exceptionellen Fällen, in denen das Pfandrecht trotz Untergang der Forderung, die es deckte, fortexistiert, wird diesem eine „obligatio naturalis“ zu Grunde gelegt, nur um die accessorische Natur des dinglichen Rechts nicht preiszugeben. Von einer obligatio naturalis aber ist bei Ausübung des ius offerendi nirgends die Rede — sie nimmt ja auch Brinz nicht einmal als vorhanden an.

Wir wollen schliesslich nicht unterlassen zur Bekämpfung der Ansicht von Brinz auf eine Lesart der l. 22. C. de pign. (8. 13) aufmerksam zu machen[1]).

Nach dem Codex bibliothecae universitatis Lipsiensis vom Jahre 883 lautet diese Stelle:

Secundus creditor offerendo priori debitum confirmat sibi pignus et a debitore sortem eiusque tantum usuras, quae fuissent praestandae, non etiam usurarum usuras petere potest.

Petere bedeutet nun stets „im Wege der Klage zu erreichen suchen“. Da diese Klage im vorliegenden Falle sich auf Kapital und Zinsen erstrecken soll, so kann nicht an die A^0 hypothecaria gedacht werden. Denn diese richtet sich auf Herausgabe des Pfandobjektes: es muss vielmehr eine persönliche Klage gegen den Schuldner gemeint sein.

Ist diese Lesart nun vielleicht auch nicht die richtige, so giebt sie doch Aufschluss darüber, wie man sich bereits in frühester Zeit

[1]) Hermann in Kriegels Corpus iuris ad hanc legem.

die Stellung des offerierenden Nachhypothekars gedacht hat. Sie fällt übrigens um so mehr ins Gewicht, als die Basiliken ihr einen gewissen Rückhalt verleihen. Die letzten hier am meisten interessierenden Worte der Konstitution lauten nämlich in lib. XXV. 2. 19. — *οὐ μὴν τῶν τόκων τόκους ἀπαιτήσει*; — nec vero usurarum usuras petet.

Nach alledem dürfte anzunehmen sein, dass der offerierende Nachhypothekar eine neue Forderung an Stelle der untergegangenen des prior erhält.

Welcher Natur ist aber diese neue Obligation? Durch welche Klage kann sie geltend gemacht werden?

Dernburg[1]) meint, die Abfindung des Vorhypothekars durch den nachstehenden Pfandgläubiger charakterisiere sich als eine Verwendung auf die Pfandsache, deren juristische Stellung dadurch gebessert werde. Verwendungen solcher Natur könne der Gläubiger eventuell mit der A° pigneratitia in personam vom Schuldner ersetzt verlangen — eine durch diese Klage geschützte persönliche Forderung müsse man daher auch dem offerierenden Nachhypothekar zugestehen.

Die Ansicht Dernburgs hat wenig Beifall gefunden. Sie dürfte auch kaum zu billigen sein.

Als Aufwendungen für das Pfandobjekt, deren Ersatz der Gläubiger mit der genannten Klage zu fordern berechtigt ist, bezeichnen die Quellen vorwiegend impensae necessariae in rem pignori datam factae — notwendige Auslagen.[2]) Die von den römischen Juristen gegebenen Beispiele lassen erkennen, was sie unter derartigen notwendigen Aufwendungen verstanden. Dieselben ergeben vor allem, dass die geforderte Notwendigkeit der Leistung bedingt ist entweder durch die materielle Beschaffenheit der Sache — es wurden der Arzt für den erkrankten Sklaven oder die Reparaturkosten für das baufällige Haus bezahlt.[3]) Oder aber die erwähnte

[1]) Pfandrecht II S. 520. Es scheint übrigens, dass Dernburg selbst neuerdings die a. a. O. begründete Ansicht nicht aufrecht erhalten will Er sagt nämlich Pandecten I § 290 Anm. 7 (1 Aufl.): „Richtiger Ansicht nach hat er die A° pigneraticia, weil er infolge der Ermächtigung des Pfandvertrages zahlt."

[2]) L. 25 D. de pign. act. (13. 7) spricht auch von impensae utiles — allein deren Erstattung konnte meistens nur dann verlangt werden, wenn der Schuldner ihr seine Zustimmung gegeben hatte, und jedenfalls ausschliesslich in dem Falle, dass sie werterhöhend wirkten.

[3]) L. 8 § 1. De pignerat. act. (13. 7) Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum, quem pignoris causa acceperim —

Notwendigkeit der Auslage findet ihren Grund im öffentlichen Interesse — so, wenn der Gläubiger Wegebau- oder andere öffentliche Abgaben entrichtet.[1])

In keiner der genannten Beziehungen vermag man die Abfindung einer Vorhypothek als eine notwendige Verwendung auf die Pfandsache anzusehen.

Dieselbe wird nicht durch die Beschaffenheit der letzteren veranlasst, sie stellt nicht etwa eine Werterhöhung, eine Verbesserung derselben dar. Wäre dem so, dann müsste die Belastung der Sache mit einer Hypothek eine Wertverminderung derselben involvieren. Dies ist aber keineswegs der Fall. Der Gutsbesitzer, der aus seinem pfandfreien Grundstück von 100000 Wert eine jährliche Rente von 10 Prozent zieht, gewinnt, nachdem er die Hälfte des Gutes mit Hypotheken belastet hat, nicht weniger als früher — vielleicht sogar mehr, wenn er nämlich das ihm geliehene Geld, für welches die Hypotheken bestellt wurden, zu Ameliorationen des Grundstückes benutzt.

Verkauft er, so wird der Preis nach dem vollen Werte des Grundstückes berechnet — er würde im gegebenen Falle 100000 betragen, unter den zuletzt angenommenen Voraussetzungen sogar mehr — der höheren Rente wegen.

Allerdings wird der Preis dem Veräusserer nicht ganz in baar bezahlt werden. Dies liegt daran, dass der Erwerber eines verpfändeten Grundstücks nicht volles, einwandfreies Eigentum an demselben erhält, vielmehr nur ein solches, welches der betreffende Gläubiger bei seiner Nicht-Befriedigung sofort beseitigen kann, um zum Verkaufe schreitend, sich selbst einen Teil des durch das Objekt repräsentierten Wertes anzueignen. Somit resultiert aus der Verpfändung einer Sache nicht eine Verschlechterung der letzteren, sondern eine Verschlechterung des Eigentums an derselben. Die Abfindung der Hypothek bildet deswegen auf der anderen Seite keine Verbesserung der Sache, sondern eine Verbesserung des Eigenthums — sie erwirkt keinen Nutzen für das Objekt, sondern nur einen solchen für den Eigentümer.

---

contrariam pigneraticiam actionem habebo, finge enim medicis, cum aegrotaret servus, dedisse me pecuniam — item insulam fulsisse vel refecisse. —

[1]) L. 6 C. de pign. (8. 13) In summa debiti computamus etiam id quod propter possessiones pignori datas ad collationem viarum muniendarum vel quod alind necessarium obsequium praestitisse creditorem constiterit.

Noch weniger kann man sagen, dass die Befriedigung des Vormannes durch den nachstehenden Gläubiger eine notwendige Aufwendung in Rücksicht auf das Pfandobjekt deshalb sei, weil ein öffentliches Interesse dabei mitwirke. Nur zum privaten Nutzen des Nachhypothekars findet dieselbe statt, nur dessen Vorteil wird dabei verfolgt.

Endlich scheint entscheidend gegen Dernburg zu sprechen, dass durch die Ausübung des ius offerendi die abgelöste Hypothek gar nicht erlischt, vielmehr durchaus existent bleibt und auf den Offerenten übergeht, wie wir noch sehen werden.

Kann somit die Leistung des Nachhypothekars nicht unter die impensae necessariae gerechnet werden, so wird der Offerent ihren Ersatz auch nicht mit der A° pigneraticia in personam contraria geltend machen können, denn diese Klage erstreckt sich nach den Quellen eben ausschliesslich auf Auslagen der geschilderten Natur.

Die Ansicht Dernburgs würde übrigens unter Umständen zu höchst unbilligen Konsequenzen führen.

Nehmen wir an: A. verpfändet dem B. sein Haus für eine Schuld des X. Für eigene Schuld bestellt er sodann dem C. am selben Hause eine Hypothek, die den zweiten Rang einnimmt. C. findet B. ex iure offerendi ab und tritt damit in dessen Stellung ein.

Fasst man diese Leistung mit Dernburg als Verwendung auf die Pfandsache auf, giebt man dem Offerenten dem entsprechend nur eine A° pigneraticia in personam contraria, so wird nunmehr A. einzig und allein für beide Forderungen von C. in Anspruch genommen werden können. Denn jene A° richtet sich ausschliesslich gegen den Verpfänder, nicht auch gegen den persönlichen Schuldner. Die Ausübung des ius offerendi würde also den eigentlichen Debitor liberieren, den Garanten zum einzigen Schuldner machen, — ein Resultat, welches keineswegs der Billigkeit zu entsprechen scheint.

Wir vermögen uns somit der Ansicht Dernburgs nicht anzuschliessen, glauben vielmehr, dass die zuerst von Voss[1]) eingehender begründete Theorie über die Rechtsfolgen der Ausübung des ius offerendi die richtige ist.

Nach dieser erwächst dem Offerenten durch die Geltendmachung des Eintrittsrechtes eine persönliche, durch die A° negotiorum gestorum contraria utilis eventuell geschützte Forderung gegen den Schuldner.

[1]) Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 15 S. 332 ff. Vergl. auch Tellegen, Successio hypothecaria, S. 57 ff.

Der Gedanke, es leiste der Nachhypothekar bei der Befriedigung des Vormannes für den Debitor und zu dessen Nutzen, drängte sich, wie wir bereits früher bemerkten, schon den Römern dergestalt auf, dass einzelne Juristen jenem den vollen Anspruch aus der negotiorum gestio zubilligen zu müssen glaubten. Mit Recht wies Papinian — dem Marcian beipflichtet — darauf hin, dass eine reine negotiorum gestio seitens des Offerenten nicht vorläge. Denn diese erfordert, dass der Geschäftsführer allein zum Nutzen des Geschäftsherrn in Aktion trete. Das aber ist gerade beim ius offerendi nicht der Fall. Hauptzweck ist für den offerierenden Gläubiger die Stärkung seines Pfandrechtes, die confirmatio pignoris sui — die Interessen des Schuldners hat er bei seiner Leistung nicht weiter im Auge.

Deshalb erfüllt er objektiv aber nichts destoweniger eine Verpflichtung, die der Debitor hätte erfüllen müssen. Er bezahlt ja dessen Gläubiger.

Er führt somit ein fremdes Geschäft im eigenen Interesse.

Welche Ansprüche entspringen im Allgemeinen aus derartiger Leistung?

Darüber belehrt uns l. 5 § 5 D. de neg. gest. (3. 5), wo es heisst:

Sed et si quis negotia mea gessit non mei comtemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit suum eum potius negotium gessisse: sed nihilominus immo magis et is tenebitur neg. gest. actione. Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit non in id, quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in id, quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem.

Derjenige, welcher fremde Angelegenheiten eigenen Vorteils willen erledigt, haftet nach dem Ausspruche des Labeo dem Geschäftsherrn ebenso wie ein jeder negotiorum gestor. Hat er bei seiner Geschäftsführung aber Aufwendungen gemacht, so kann er von dem durch ihn Vertretenen nicht vollen Ersatz derselben verlangen, wie wenn er ausschliesslich im Interesse des Herrn handelte. Vielmehr erwächst ihm ein Anspruch gegen den Letzteren nur soweit, als dieser bereichert worden ist.

Fragen wir nun, was der Nachhypothekar vom Schuldner nach Ausübung des ius offerendi zu fordern berechtigt ist, so sagt uns Papinian[1], es seien dies Kapital und Zinsen, welche der Offerent dem Vormann bezahlt hat. Diocletian und Maximinian[2] aber rescri-

[1] bezw. Marcian l. 12 § 6 D. qui potiores.

[2] l. 22. C. de pign. (8. 13).

bieren, dass er die Zinsen fordern könne, die der Schuldner hätte dem prior creditor entrichten müssen. Sämtliche Autoritäten betonen, dass ihm ein Anspruch auf Zinseszinsen nicht zustehe. Die Quellen sprechen somit materiell dem Offerenten dasselbe zu, was sie dem uneigentlichen negotiorum gestor geben. Denn, wenn der Offerent vom Debitor alles das verlangen kann, was dieser dem befriedigten Vormanne hätte zahlen müssen, so stellt die letztere Summe augenscheinlich nichts Anderes dar, als die Bereicherung, welche dem Schuldner durch die Oblation erwächst.

Die Begründung, welche von Papinian für diese Entscheidung gegeben wird, klingt so sehr an die Worte der oben citierten l. 5 § 5 de neg. gest. an, dass man kaum zweifelhaft sein kann, der Jurist habe jene Äusserung Labeos im Sinne gehabt, als er die Rechtsstellung des Offerenten erörterte.

Non enim negotium alterius gessit sed magis suum sagt Papinian, und gerit suum potius quam meum negotium sagt Labeo.

Aber, wendet man gegen die Gleichstellung des Offerenten mit demjenigen, welcher fremde Angelegenheiten in eigenem Interesse besorgt, ein — dann müsste man auch vom Nachhypothekar sagen, er handle improbe[1])!

Mit Recht bemerkt Voss dagegen, dass der moralische Unterschied, welcher zwischen beiden Personen existiert, ihre juristische Gleichstellung nicht ausschliessen könne. Wir fügen hinzu, dass wir in dem improbe nicht etwa den Vorwurf der Unredlichkeit ausgesprochen zu finden glauben, dass wir vielmehr meinen, der Jurist habe die Handlung des Vertreters nur als eine nicht uneigennützige bezeichnen wollen. — —

Die persönliche Forderung, welche dem Vorhypothekar zustand, ist durch die Abfindung seitens des nachstehenden Gläubigers getilgt worden, untergegangen. Was geschieht mit seinem jener Obligatio zur Sicherung dienenden Pfandrechte? Teilt dieses das Schicksal jener?

Dernburg[2]) beantwortet die Frage mit ja. Nach ihm erlischt auch die Hypothek, welche dem primus gebührte. Dagegen gewinnt das eigene Pfandrecht des Abfinders eine grössere Ausdehnung; es umfasst nunmehr auch die sich als Verwendung auf die Pfandsache charakterisierende Abfindungssumme, wie dies bei derartigen Aufwendungen stets der Fall ist. Auf dies erweiterte Pfand-

[1]) Adamkiewicz a. a. O. S. 46.

[2]) Pfandrecht II 521.

recht gehen dann kraft gesetzlicher Vorschrift Rang und Qualitäten der abgestorbenen Hypothek des primus über. —

Wir sehen in der Befriedigung des vorstehenden Gläubigers keine Verwendung auf die Pfandsache, die mit der A° pigneratitia eventuell gegen den Schuldner geltend gemacht werden könnte. Wir vermögen daher auch die sich aus jener Anschauung bezüglich des dinglichen Rechtes des Offerenten ergebenden und von Dernburg gezogenen Konsequenzen als richtig nicht anzunehmen. Wir glauben auch nicht, dass es zutreffend ist, wenn Dernburg sagt, seine Auffassung stimme allein mit der Ausdrucksweise der Quellen überein: es sei den römischen Juristen stets nur das alte, dem Nachhypothekar längst zustehende Pfandrecht, welches sich durch Eintritt in den Rang und die Stellung des Abgefundenen verbessere; dieselben deuteten nirgends an, dass sich die Vorhypothek nur mit der nachstehenden in einer Hand vereinige.

Dernburg beruft sich zum Beweise hierfür auf: l. 1 C. qui pot.; l. 5 eod; l. 22 C. de pign; l. 12 § 12 D. de captivis u. s. w. sämtlich Stellen, in denen gesagt wird, dass durch Ausübung des ius offerendi die Nachhypothek konfirmiert, gefestigt werde.

Nun ist doch aber gerade der streitige Punkt, wie diese Festigung erfolge?

Dernburg behauptet, durch Erweiterung der Nachhypothek, andere sagen durch Übergang der Vorhypothek auf den Offerenten. Es ist sicher, dass bei beiden Ansichten die Festigung thatsächlich erfolgt — wie will man also aus diesem in den Quellen konstatierten Effekt einen Rückschluss auf die Richtigkeit der einen oder der anderen Ansicht machen?

Und weiter! Die Quellen sprechen sehr wohl von dem Übergange des Pfandrechtes primi creditoris auf den secundus. Wir berufen uns zunächst auf l. 4 C. de his qui (8. 18), wo Diocletian und Maximinian sagen:

Si prior res publica contraxit fundusque ei est obligatus, tibi secundo creditori offerendi pecuniam potestas est, ut succedas etiam in ius rei publicae.

Hier ist nicht bloss von einer successio in locum prioris creditoris die Rede, die man allerdings als Aufrücken in die Rangstellung des dimittierten Gläubigerss auffassen könnte. Hier wird vielmehr direkt von einer successio in ius prioris gesprochen. Wir vermögen aus den oben entwickelten Gründen darin nicht mit den älteren Juristen den Eintritt in das persönliche Recht des abgefundenen Vorhypothekars zu erblicken. Wir sehen in jener

successio angesichts der Worte der Stelle aber auch mehr als eine blosse Erlangung von Rang und Qualitäten des vorstehenden Pfandrechtes, nämlich die Gewinnung des letzteren selbst. Dies um so mehr, als die Stelle ebenso wie der Titel, dem sie angehört, ja wie die diesen umgebenden Titel, sich ausschliesslich mit Pfandrecht und mit Pfandgläubigern beschäftigt.

Weit deutlicher aber als die Konstitution von Diocletian und Maximinian spricht der letzte Teil von l. 3 D. quae res pignori (20. 3) gegen die Auffassung Dernburgs. Dort sagt Paulus:

Denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit non per oblivionem sed cum hoc ageretur, ne posset vendere, videamus, an dici possit hucusque transire ad eum ius prioris, ut distrahere pignus huic liceat. Quod admittendum existimo; saepe enim, quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest.

Die Stelle handelt von der successio ex iure offerendi, wie Dernburg[1]) jetzt selbst zugiebt.

Der erste Gläubiger hatte seiner Zeit bei Bestellung des Pfandrechtes mit dem Schuldner vereinbart, dass es ihm gestattet sein sollte im Falle der Nichtbefriedigung die Pfandsache zu verkaufen. Der Nachhypothekar hatte beim Abschluss seines Pfandvertrages es unterlassen, sich gleichfalls die Veräusserungsbefugnis auszubedingen, nicht deswegen, weil er nicht daran gedacht hätte, sondern — und darauf ist Gewicht zu legen — weil die Kontrahenten beiderseits wollten, dass er nicht sollte verkaufen dürfen. Darauf übte der posterior das ius offerendi gegen den prior aus.

Der Jurist fragt nunmehr: Videamus, an dici possit hucusque transire ad eum ius prioris, ut distrahere pignus huic liceat? Geht das Recht des prior soweit auf den Offerenten über, dass er verkaufen kann? Mit grösster Deutlichkeit wird also auch hier wieder von einem Rechtsübergange, nicht nur von einem Aufrücken in den Rang des prior creditor gesprochen. Dass es sich um einen Rechtsübergang im vollsten Sinne handelt, geht auch aus der Entscheidung selbst hervor; diese schien in sofern nicht unzweifelhaft, als der posterior bei Abschluss seines Pfandvertrages in stillschweigendem Übereinkommen mit dem Schuldner sich des Veräusserungsrechtes begeben hatte. Unter diesen Umständen vermochte er nach den damals geltenden Anschauungen jenes Recht nicht auszuüben — der Verzicht hielt ihn gebunden. Konnte ihm dieser nicht schlecht-

[1]) Pandekten I § 290. Anm 2.

hin, also auch nach Ausübung des Eintrittsrechtes entgegengehental werden?

Paulus verneint dies entschieden. Er sagt, durch die Geltendmachung des ius offerendi geht das Recht des prior creditor einschliesslich der diesem adhaerirenden Verkaufsbefugnis über. Wir meinen, deutlicher kann der Fintritt in das Pfandrecht des abgefundenen Gläubigers füglich nicht gekennzeichnet werden, als wenn man ihn selbst auf vertragsmässige Bestandteile desselben beziehe, wie dies Paulus thut.

Die Entscheidung lässt sich nicht etwa damit erklären[1]), dass man sagt, sie sei durch die Entwicklung des Rechtes zum Pfandverkaufe bedingt, sie folge gewissermassen dem Zuge der Zeit. Von alle dem sagt der Jurist nichts. Er rechtfertigt seine Entscheidung vielmehr damit, dass öfters jemand, was er selbst nicht auszuüben vermöchte, durch einen anderen zu erreichen im stande ist. Also auch in der Begründung wird nicht etwa die Billigkeit oder Ähnliches als ausschlaggebendes Motiv der Entscheidung angegeben, vielmehr nochmals betont, dass es eine fremde Befugnis, ein Bestandteil fremden Rechtes ist, welches dem Nachhypothekar zufällt[2])

Wir nehmen daher an, die Wirkung der Ausübung des ius offerendi bestehe in dem Übergange des Pfandrechtes des Vorhypothekars auf den Offerenten, bei welchem es sich mit einer diesem neuerwachsenen Obligation ex negotiorum gestione verbinde.

Damit treten wir in offenen Gegensatz zu der Ansicht, welche daran festhält, dass ein Pfandrecht so streng accessorischer Natur gewesen sei, dass es mit der ihm zu Grunde liegenden Forderung unbedingt unterging. Es ist nicht zu leugnen, dass die letztere Meinung die Regel wiedergiebt, welche das römische Recht grössten-

---

[1]) Dernburg, Pandekten I § 290 A. 2.

[2]) Dernburg Pfandrecht II 524 beruft sich für seine Ansicht noch auf l. 12 § 12 de captivis — eine von uns häufig erörterte, die Abfindung des redemptor eines Sklaven behandelnde Stelle, von Tryphonin herrührend. Dernburg bemerkt dazu: „Wenn das ius offerendi die Befugnis mit sich führte, ein vorgehendes Pfandrecht in seiner Integrität zu erwerben, so würde man konsequent zur Annahme geführt, der abfindende Pfandgläubiger erhalte infolge der Oblation das Eigentum des redemptor.“ Darauf ist zu erwidern, dass die Stelle einen Vergleich enthält, und dass man bei allen Vergleichen nicht Verhältnisse, die sich in sämtlichen Punkten decken, einander gegenüber gestellt findet. Jeder Vergleich hinkt!

teils befolgt hat. Aber die Römer haben an der accessorischen Natur des Pfandrechtes doch nicht unter allen Umständen festgehalten.

Sie lassen dasselbe entstehen, bevor eine persönliche Forderung, die es sichern könnte, zur Existenz gelangt ist.[1]) Sie lassen es bestehen, obwohl die obligatio personalis den Rechtsprincipien gemäss untergegangen ist, und nehmen, nur um nicht ein Pfandrecht ganz ohne Forderung zu haben, eine naturalis obligatio als von jener restierend an.[2])

Ist es bei diesen Verhältnissen so wunderbar, dass sie in unserem Falle ein Pfandrecht von einem untergegangenen Anspruch auf einen unmittelbar an dessen Stelle tretenden, ihm quantitativ gleichen nur mit anderer Klage geltend zu machenden übergehen liessen? Gewiss nicht: und zwar umsoweniger, als es sich beim ius offerendi um einen Eingriff kaiserlicher Gesetzgebung handelt, nicht dagegen um Sätze, die den Prinzipien des Rechts gemäss ausschliesslich von den grossen klassischen Juristen entwickelt wurden.

VI.

Wirkungen der Ausübung des ius offerendi. — Detailfragen.

Wir haben in dem vorangegangenen Abschnitte ein Bild von den Rechtsfolgen des ius offerendi im Allgemeinen, ihrem Principe nach zu geben versucht. Es bleibt uns noch übrig, dies Bild durch Eingehen auf die Details, durch Erörterung einzelner Fragen zu vervollständigen.

Es ist zuvörderst hervorzuheben, dass die erstrebten Wirkungen der Ausübung des Eintrittsrechtes unmittelbar und direkt durch die Geltendmachung desselben hervorgerufen werden. Wie der Schuldner durch die Bezahlung oder gehörige Deposition der Schuldsumme seiner Verpflichtung dem Gläubiger gegenüber ledig wird und seinen Zweck, die bis dahin bestehende Obligation zu tilgen, ohne weiteres erreicht, so erzielt der offerirende Nachhypothekar durch die gleichen Handlungen und ebenso unmittelbar den von ihm gewünschten Rechtseffekt, die confirmatio pignoris sui. In dem Augenblick, wo er die Zahlung oder Deposition der dem

[1]) Schott, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 15 S. 15.
[2]) l. 59 pr. D ad S. C. Trebell (36. 1).

Vorhypothekar geschuldeten Leistung vornimmt, in diesem Momente vollzieht sich das Erlöschen der Forderung des Oblaten, das Ausscheiden des Letzteren aus der Reihe der Pfandgläubiger, in ihm aber auch der die Festigung der nachstehenden Hypothek vermittelnde Uebergang des besseren Pfandrechtes auf den Offerenten. Für diesen Uebergang bedarf es einer weiteren Mitwirkung, etwa einer ausdrücklichen Rechts-Uebertragung seitens des befriedigten Gläubigers nicht. Deshalb erwächst auch dem succedierenden Creditor keine besondere Klage gegen den Oblaten infolge der Geltendmachung des ius offerendi — darüber sind jetzt Theorie wie Praxis wohl einig[1]).

Weniger herrscht dagegen Uebereinstimmung in Bezug auf einzelne Fragen, welche die durch das ius offerendi geschaffenen Veränderungen betreffen. Diesen Fragen, die grösstenteils in den Quellen unberührt gelassen sind, wollen wir uns nunmehr zuwenden.

1. Wie weit succediert der Offerent in das Pfandrecht des abgefundenen Gläubigers?

Sieht man in der successio ex iure offerendi den Eintritt des Nachhypothekars in das gesamte Rechtsverhältnis des Vormannes, also in dessen dingliches und persönliches Recht, so muss man selbstverständlich auch annehmen, dass er all die accessorischen Rechte erwirbt, die zur Sicherung der dem Vormanne bis dahin zustehenden obligatio personalis dienten. Hafteten für diese noch weitere Pfänder, waren für dieselben Bürgen gestellt, so würde jener Ansicht nach der Offerent diese ebenso in Anspruch nehmen können, wie es der dimittierte Gläubiger zu thun vermochte.

Nach unserer Meinung geht durch Ausübung des ius offerendi die persönliche Forderung des Oblaten unter. Der Regel gemäss würden damit auch alle derselben zur Deckung bestimmten accessorischen Rechte erlöschen. Wenn diese Regel nach unserer Annahme beim ius offerendi durchbrochen wird, um die Stärkung der Nachhypothek herbeizuführen, so ist es natürlich, dass dies nur soweit geschieht, als der angegebene Zweck des Institutes es unabweislich verlangt. Bedroht, in der wirksamen Ausübung seines dinglichen Rechtes beschränkt wird der nachstehende Pfandgläubiger nun nicht durch etwaige für die ihm vorgehende Pfandforderung haftende Neben-

---

[1]) Vergl Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1878 S. 340. Ferner Entscheid. des O.-A.-G. zu Cassel im Archiv f. prakt. Rechtsw. Bd. IV S. 212. Ebenso Windscheid Pandekt. § 233b Nr. 4: „Der nachstehende Pfandgläubiger hat das Recht, das vorgehende Pfandrecht ohne weiteres an sich zu bringen.“

pfänder oder Bürgschaften, sondern einzig und allein durch die Pfandmacht, welche der bessere Gläubiger an dem ihnen gemeinsam verhafteten Objekte geltend zu machen im stande ist.

Zum Zweck der Festigung der Nachhypothek genügt es demnach an sich, dass diese Pfandmacht auf den Offerenten übertragen wird; nur insoweit bedarf es also einer Abweichung von den Grundprincipien des Rechtes. Dagegen ist eine solche bezüglich der Nebenpfänder und Bürgschaften nicht unbedingt erforderlich — also auch nicht zulässig. Die letzteren werden durch die Oblation liberiert, der Nachhypothekar tritt nur in das dingliche Recht des Vormannes ein, soweit sich dasselbe auf das gemeinsame Pfandobjekt bezieht. — Dieses geht aber auf der anderen Seite ganz und voll in derjenigen Gestalt auf ihn über, die ihm Pfandvertrag oder Gesetz gegeben haben, also auch mit etwaigen auf ausdrücklichen Abkommen mit dem Schuldner beruhenden, besonderen Vergünstigungen. Bezüglich der letzteren ist kein Unterschied zu machen, ob dieselben sich als Verstärkung der Pfandmacht des prior creditor darstellen, oder ob sie nur als Bestimmungen über die ökonomische Behandlung der Pfandsache anzusehen sind.

Der Nachhypothekar vermochte daher schon nach älterem Rechte die nicht ihm, wohl aber dem Oblaten vertragsmässig zustehende Veräusserungsbefugnis nach geschehener Abfindung des Letzteren auszuüben. Er tritt demgemäss aber auch in die jenem eingeräumte Antichresis ein.[1])

2) Man hat im Anschluss hieran gefragt, welche Einwirkung die Abfindung des Vorhypothekars auf gewisse Verpflichtungen ausübe, welche auf Grund des Pfandvertrages selbst zwischen dem nunmehr befriedigten Gläubiger und dem Verpfänder bezw. Schuldner entstanden waren[2]). Derartige Verbindlichkeiten können z. B. sein: Die Pflicht des Verpfänders für jedes Verschulden bei Bestellung des Pfandes einzustehen, für die Kosten der Pfandklage, des eingeleiteten Pfandverkaufes, für Verwendungen auf die Sache aufzukommen — oder die des Gläubigers, das Objekt zurückzugeben, für Verschulden in Behandlung oder Verwertung des Pfandgegenstandes Ersatz zu leisten.

Die Wirkung der Abfindung auf diese Verpflichtungen ist eine verschiedenartige.

---

[1]) Ebenso Siebenhaar in der Allgem. Gerichtszeitung für das Kgr. Sachsen, Bd. 24 S. 9. Abweichend Voss a. a. O. S. 377. Dernburg, Pfandrecht II S. 529.

[2]) Cf. Voss a. a. O. S. 376 ff.

Der Anspruch des Verpfänders auf Rückgabe des Objektes wird sich nach der Oblation naturgemäss gegen den an Stelle des dimitierten tretenden neuen Pfandgläubiger richten. Dagegen wird er seine bereits entstandenen Forderungen wegen Ersatz von Verschulden bei Behandlung der Sache auch weiterhin gegen den ursprünglichen Gläubiger geltend machen können. Ebenso wird die Exercierung des ius offerendi keinen Einfluss auf die dem Vorhypothekar wegen Verschuldung bei der Pfandbestellung gegen den Verpfänder erwachsenen Forderungen ausüben. Ja der Vorhypothekar könnte von dem Nachmanne deren Ersatz nicht verlangen; denn es sind dies Ansprüche rein persönlicher Natur, für die das Pfand nicht haftet — die der Offerent demgemäss nicht zu befriedigen braucht. — Anders steht es bezüglich der Forderungen für Kosten der Pfandklage, des eingeleiteten Verkaufs, für Verwendungen. Auf diese erstreckt sich auch das Pfandrecht des Vorhypothekars; er kann daher Ersatz derselben vom Offerenten fordern. Sie würden bei Letzterem dann in dem persönlichen Anspruche ex negotiorum gestione aufgehen. Hat ihretwegen eine Abfindung des besseren Gläubigers nicht stattgefunden, so würde dieser nur teilweise befriedigt sein, und es träten dann die für diesen Fall aus der Oblation resultierenden Folgen ein.

3) Welche sind aber diese? Wie stehen Offerent und Vorhypothekar zu einander, wenn des Letzteren Forderung vom Ersteren nicht ganz, sondern nur zum Teil bezahlt ist?

Die Frage hat eine verschiedene Beantwortung gefunden.

Dernburg[1]) und Windscheid[2]) nehmen an, dass in diesem Falle der Oblat wegen seiner Restforderung an erster Stelle verbleibt, während der Nachhypothekar den zweiten Rang bezüglich der Abfindungssumme erhält.

Dagegen hat sich in ausführlichen Abhandlungen Schlayer[3]) gewendet.

Dieser Schriftsteller erklärte es zunächst für ein Ding der Unmöglichkeit, eine an sich unteilbare Hypothek so in verschiedene Quoten zu zerlegen, dass jede derselben einen besonderen Rang einnähme. Er zieht sodann die l. 7 pr. D. qui potiores (20. 4) in den Kreis der Erörterung. In dieser Stelle sagt Ulpian, nachdem vorher von dem Pfandrechtsprivilegium wegen versio in rem in seinen verschiedenen Anwendungsformen die Rede gewesen ist, was folgt:

[1]) Pfandrecht II S. 526. 512 ff.

[2]) Pandecten I § 233b. Nr. 9

[3]) Archiv für civilistische Praxis. Bd 49 Nr. IX und Bd. 64 Nr. X.

Idemque est, si ex numnis pupilli fuerit res comparata; quare si duorum pupillorum nummis fuerit res comparata, ambo in pignus concurrent pro his portionibus, quae in pretium rei fuerint expensae; quod si res non in totum ex nummis cuiusdam comparata est, erit concursus utriusque creditoris id est et antiquioris et cuius nummis comparata est.

Es werden Mündelgelder dazu verwendet, dem Schuldner das Eigentum an einer Sache zu verschaffen, an welcher er bereits vorher jemandem ein Pfandrecht eingeräumt hat. Dann geht die gesetzliche Hypothek der Mündelgelder dem früher bestellten Pfandrechte propter versionem in rem vor. Ist die Sache mit den Mitteln zweier minderjähriger Personen erworben, so geniessen diese das Privilegium nach Verhältnis der von ihnen aufgewendeten Summen. Ist endlich das Objekt zum Teil mit dem Gelde des späteren Pfandgläubigers, zum Teil durch das des Schuldners selbst von diesem erstanden, so soll „concursus" zwischen dem vertierenden Gläubiger und dem älteren Hypothekar stattfinden, d. h. wie Schlayer wohl richtig erklärt: Der Erstere erhält wegen der Versionssumme ein Vorrecht vor dem Letzteren.

Schlayer fasst nun mit Dernburg die Abfindung des Vorhypothekars durch den nachstehenden Pfandgläubiger als eine Verwendung für die Pfandsache auf und meint, die in dem Ausspruche Ulpians für den Fall teilweiser Version gegebenen Vorschriften seien analog auf die quotenweise Befriedigung des Vormannes beim ius offerendi anzuwenden.

Er will daher in seiner zuerst erschienenen Abhandlung eine proportionale Konkurrenz des Offerenten mit dem Oblaten im Falle der Theilabfindung eintreten lassen.[1])

In seiner späteren Erörterung modificiert er diese Ansicht. Er legt in dieser vorzüglich Gewicht auf die Billigkeit, die bei der Entscheidung den Ausschlag geben müsse und die zu dem Ergebnis führe, dass der Offerent bezüglich der Abfindungssumme schlechthin der Restforderung des Oblaten vorgehe. Man nehme folgenden Fall: Primus hat an erster Stelle eine Hypothek von 4000, tertius am selben Objekte an dritter Stelle eine solche von 2000. Letzterer übt gegen den Ersteren das ius offerendi in Höhe von 2000 aus. Darauf gelangt die Sache zur Versteigerung. Der Erlös beträgt 2000. Würde, so meint Schlayer, nach der Teilabfindung primus wegen des Restes an erster Stelle belassen, so würde er auch den Kaufpreis zur Deckung seiner Forderung in Anspruch nehmen können,

[1]) Ebenso Bachofen Pfandrecht S. 527.

also voll zur Hebung gelangen, während der tertius selbst mit der Abfindungssumme von 2000 ausfiele. Dies erscheine ungerecht. Hätte die Oblation nicht stattgefunden, so würde primus nur den Kaufschilling der 2000 erhalten. Der gleiche Betrag sei ihm schon vorher von tertius bezahlt worden; er habe von diesem daher bereits das bekommen, was er kraft seines Pfandrechtes überhaupt beizutreiben vermochte. Daher sei es billig wegen der Abfindungssumme dem Offerenten den Vorrang einzuräumen.

Weder der früheren noch der jetzigen Ansicht Schlayers ist beizustimmen. Der offerierende Nachhypothekar ist dem Gläubiger, welcher das privilegium wegen versio in rem geniesst, nicht gleich zu achten. Seine Aufwendung trägt nicht zur Verbesserung oder Erhaltung der Pfandsache bei; die Abfindungssumme wird weder von ihm noch gar von dem Schuldner in das Pfandobjekt „gesteckt." Sie wirkt auch nicht dazu mit, um die schon vorher bestellten Hypotheken juristisch zu voller Kraft zu bringen, wie dies bei dem Gläubiger der Fall ist, der zur Anschaffung der bereits verpfändeten Sache Geld herleiht.

Die Hypothek des Oblaten befindet sich ja gerade in der Übermacht und soll deshalb beseitigt werden.

Daher sind die für den Fall der teilweisen versio in rem gegebenen Vorschriften hier nicht anwendbar — insbesondere nicht die für die Anschaffung einer Pfandsache durch die Mittel zweier Pfandgläubiger erlassenen Bestimmungen. Denn dann müsste der Offerent dem einen jener Vertenten, der Oblat aber dem anderen zu vergleichen sein, — was absolut undenkbar ist.

Aber die Billigkeit scheint für die neuerdings von Schlayer aufgestellte Meinung zu sprechen. In der That würde in dem von ihm konstruierten Falle die Oblation zum Nachteil des Offerenten ausschlagen und dem Vorhypothekar allein nützen. Aber die Oblation stand doch im freien Belieben des Nachhypothekars. Er war doch nicht gezwungen, von seinem Eintrittsrechte Gebrauch zu machen. That er dies dennoch, so mag er das Risiko dafür tragen — jedenfalls ist dies leichter zu verteidigen als die Konsequenzen, zu denen die Ansicht Schlayers führt. Nach ihr wird der primus, der bisher mit seiner gesamten Forderung an erster Stelle sich befand, mit dem Reste derselben an die zweite Stelle gedrängt, während der tertius mit der Abfindungssumme den ersten Rang erhält. Daraus folgt, dass der primus mit dem ihm noch zustehenden Rechte der Willkür des tertius preisgegeben wird, dass er die Verkaufsbefugnis nicht mehr ausüben kann, dass

er möglicherweise aus dem Objekt nicht mehr sich Befriedigung zu verschaffen vermag, wenn er dies nötig hat, mag auch dasselbe selbst weit mehr wert sein als seine Restforderung beträgt, kurz, dass sein ehemals starkes Recht die ganze oben charakterisierte Schwäche einer Nachhypothek erhält. — Dies alles ohne das Zuthun des Vorhypothekars, gegen seinen Willen selbst. Das alles trotz der Unteilbarkeit seines Pfandrechtes, dessen Zerlegung in Quoten mit verschiedenem Range Schlayer zuerst für ein Ding der Unmöglichkeit erklärte, während er eine solche jetzt zum grössten Nachteile des Inhabers desselben ohne weiteres annimmt! —

Wir halten bei der Entscheidung an der Ansicht fest, dass der Offerent bei der Abfindung — auch bei der nur teilweisen — für den Schuldner als dessen negotiorum gestor handelt.

Nähme der Schuldner die Befriedigung des Vorhypothekars nur für eine Rate seiner Schuld vor, so würde die Vorhypothek nach wie vor an erster Stelle für den Restbetrag der Forderung an dem Objekte haften. Ein Aufrücken des den zweiten Rang einnehmenden Pfandrechtes fände dagegen nur insofern statt, als nunmehr der Teil des Wertes der Sache, welchen bisher der primus creditor kraft seines Vorrangs zur Befriedigung seiner jetzt abbezahlten Forderungsquote in Anspruch hätte nehmen können, dem secundus zufiele. Nur dies letztere wird bei der Abfindung ex iure offerendi verhindert. Den zwischen dem Restbetrage der Vorhypothek und dem zweiten Pfandrecht geschaffenen Platz nimmt sofort die neuentstandene Forderung des Offerenten, also hier des tertius, ein, da sie vor dem secundus creditor infolge des insoweit auf den Offerenten übergehenden Pfandrechtes des primus den Vorrang erhält. Die Stellung des primus bleibt dagegen völlig unberührt.

Auf Grund dieser unserer Anschauung werden wir auch die Frage, wie die Rangverhältnisse der Gläubiger zu ordnen seien, sobald ein Vorhypothekar bezüglich der einzelnen Anteile seines Pfandanspruches successive von verschiedenen nachstehenden Kreditoren befriedigt worden ist, anders beantworten wie Schlayer.

Nehmen wir an, primus, dessen Forderung 4000 beträgt, erhielt am 1. Januar 1888 von secundus 2000, am 1. Januar 1889 von tertius 1500, am 1. Januar 1890 von quartus 500 ausbezahlt. Dann wird sich die Hypothek des primus derartig teilen, dass quartus mit der Abfindungssumme von 500 an erster Stelle, tertius mit den von ihm entrichteten 1500 an zweiter, endlich secundus mit seinem Oblationsbetrage von 2000 an dritter Stelle rangiert. Denn als der Letztgenannte am 1. Januar 1888 sein ius offe-

rendi ausübte, trat er bezüglich des in Höhe von 2000 auf ihn übergegangenen Pfandanspruches des primus hinter die diesem für den Restbetrag weiter haftende Hypothek. Tertius, der im Jahre 1889 das ius offerendi gegen den primus geltend machte, erwarb dadurch natürlich einen entsprechenden Teil des diesem verbliebenen Pfandrechtes, mit welchem Teile er ebenso vor secundus rangierte, wie dies bis dahin primus that. Die dem Letzteren allein noch zustehende Pfandforderung von 500 behielt dagegen den Vorrang auch vor der Abfindungssumme des tertius, und als dieselbe am 1. Januar 1890 von quartus getilgt wurde, ging das sie deckende Pfandrecht in der Gestalt auf den Abfinder über, wie es der primus bis dahin inne hatte, also mit der Priorität vor den Quoten des secundus sowohl als des tertius.

Schlayer war früher[1]) der Ansicht, dass in dem Falle teilweiser successiver Abfindung desselben Vorhypothekars durch verschiedene Nachpfandgläubiger die Offerenten nach dem Verhältnisse ihrer Aufwendungen mit einander konkurrierten. Es entsprach dies der Theorie, welche er ursprünglich für den vorhin erörterten einfacheren Fall der Partialoblation aufgestellt hatte. Nachdem er jetzt diese letztere durch eine neue ersetzt hat, entscheidet er auch die hier in Rede stehende verwickeltere Frage entsprechend anders[2]).

Er will — das geht aus seinen Deduktionen hervor, wenn es auch nirgends mit deutlichen Worten ausgesprochen wird — den jedesmal früher offerierenden Nachhypothekar mit seiner Teilabfindungssumme dem späteren Offerenten vorgehen lassen und gelangt auf diese Weise naturgemäss auch hier zu dem entgegengesetzten Resultate wie wir. Nach seiner Ansicht würde unter den oben angenommenen Verhältnissen secundus mit den 2000 an erster, tertius mit den 1500 an zweiter, quartus mit den 500 an dritter Stelle rangieren. Einer eingehenden Widerlegung dieser Ansicht bedarf es nicht. Dieselbe enthält nur eine Anwendung der oben bekämpften Grundansicht Schlayers auf den vorliegenden Fall; was gegen diese gesagt wurde, richtet sich auch gegen die hier aus derselben gezogenen Konsequenzen.

Ebenso wenig wie bezüglich der soeben erörterten Fragen vermögen wir die Meinung Schlayers hinsichtlich eines anderen das ius offerendi betreffenden Streitpunktes zu theilen, den wir nunmehr einer kurzen Betrachtung unterziehen wollen.

---

[1]) Archiv für civil. Praxis Bd. 49 S. 230 ff.

[2]) Archiv für civilistische Praxis S. 403 ff.

4) Kann der vermeintliche Nachhypothekar, welcher einen Gläubiger seines Schuldners in dem Glauben abzahlt, derselbe gehe ihm mit einem Pfandrechte vor, gegen den so Befriedigten ein Rückforderungsrecht geltend machen, wenn sich herausstellt, dass dieser zwar ein creditor chirographarius, nicht aber ein Pfandgläubiger bezw. Vorpfandgläubiger des Debitors war? Und wenn dies der Fall ist, durch welche Klage wird dies Recht geschützt?

Schlayer führt[1]) zunächst aus, dass der Offerent durch seine Zahlung die in der That existirende Schuld eines Anderen, nämlich des Debitors tilge und spricht aus diesem Grunde dem Nachhypothekar die condictio indebiti nicht zu.

Dem ist unbedingt beizupflichten. Schlayer bemerkt dann aber weiter, dass der Offerent bei der Abfindung die confirmatio pignoris sui bezwecke. Dieser Erfolg bilde den eigentlichen juristischen Grund seines Handelns. Nach Lage der Sache sei es nun aber unmöglich, dass die erstrebte confirmatio pignoris eintrete — der abgefundene Gläubiger habe ja kein Pfandrecht, dessen Erwerb jenen Erfolg herbeizuführen vermöchte. Daher sei die Leistung des Offerenten als ebenso sine causa zu betrachten, wie in dem Falle, wo Sachen als dos für eine rechtlich unmögliche Ehe hingegeben würden. Dem Besteller der dos stehe in solchem Falle eine condictio sine causa zu — die gleiche condictio sei daher auch dem Nachhypothekar unter den hier angenommenen Verhältnissen zu gewähren.

Dagegen möchten wir vor Allem Gewicht darauf legen, dass der Offerent nach aussen hin und namentlich dem von ihm befriedigten Gläubiger gegenüber als für den Schuldner handelnd, als dessen negotiorum gestor auftritt. Als solcher löst er zunächst nur eine Verpflichtung des Debitors. Er thut dies allerdings nicht ausschliesslich, ja nicht einmal vorwiegend im Interesse des durch ihn Vertretenen — vielmehr verfolgt er dabei seinen eigenen Vorteil. Allein diese Thatsache hebt seine Stellung als negotiorum gestor nicht insoweit auf, dass ein Fehlschlagen der Pläne, die ihn zur Zahlung bewogen, ihm das Rückgängigmachen der letzteren gestatteten. Der Umstand, dass er bei der Abfindung im eigenen Interesse handelt, wird vielmehr nur zu seinen Ungunsten wirksam. Dies sahen wir früher schon, als es sich fragte, welche Ansprüche dem Offerenten durch die Ausübung des ius offerendi dem Schuldner gegenüber erwuchsen — dies sehen wir hier wiederum. Die Schuld

[1]) a. a. O. Bd. 49 S. 113 ff. Seine Ansicht scheint auch Windscheid für richtig zu halten. Vergl. dessen Pandekten II § 423 Nr 10. Doch erklärt W. sich nicht deutlich darüber.

des Debitor wird also auch im vorliegenden Falle getilgt durch den vermeintlichen Nachhypothekar — der Letztere vermag gegen den befriedigten Gläubiger ein Rückforderungsrecht nicht auszuüben, selbstverständlich erwächst ihm aber aus seiner Leistung ein Ersatzanspruch gegen den so durch ihn bereicherten Schuldner.[1])

Ebenso liegt die Sache, wenn der Offerent sich irrtümlich, ohne überhaupt ein Pfandrecht zu haben, für einen Nachhypothekar hält, und aus diesem Grunde zur Abfindung eines Pfandgläubigers schreitet. Auch hier ist Schlayer der Ansicht, dass dem Abfinder eine condictio zuzusprechen sei.[2])

Dagegen ist es selbstverständlich, dass der Offerent in dem Falle ein Rückforderungsrecht hat, wenn er jemandem zahlte, der überhaupt nicht Gläubiger des betreffenden Schuldners war. Dann sind alle Voraussetzungen der condictio indebiti vorhanden — diese vermöchte daher der Zahlende anzustrengen.

5) Wir haben endlich noch die Rechtswirkungen ins Auge zu fassen, welche dann eintreten, wenn mehrere Pfandgläubiger bei Ausübung des ius offerendi mit einander kollidieren.

Derartige Kollisionen konnten im römischen Rechte prinzipiell in zweierlei Weise vorkommen:

a) Es war denkbar, dass mehrere Nachhypothekare zu gleicher Zeit ein und demselben Vormanne gegenüber das ius offerendi geltend machten.

b) Es war im älteren Rechte ferner möglich, dass ein Vorhypothekar dem nachstehenden Gläubiger und zugleich dieser jenem offerierte.

Die älteren Juristen beschäftigten sich meist ausschliesslich mit dem zuletzt angenommenen Kollisionsfalle. Sie nahmen durchgängig an, dass in ihm die Oblation desjenigen Gläubigers wirksam sein solle, der sich im Besitze des Objektes befände. Wenn keiner besass, sollte der bessere Kreditor vorgehen.[3])

---

[1]) Vorausgesetzt wird natürlich, dass ein Dolus seitens des abgefundenen Gläubigers nicht vorhanden ist — sonst dürfte wohl die A° doli Platz greifen. — Dernburg, Pfandrecht II S. 528 gelangt übrigens zu derselben Ansicht wie wir, weil die Succession in die Rechte des Vorhypothekars nicht auf Grund eines Geschäftes des Abfindenden mit dem Abgefundenen erfolgt.

[2]) a. a. O. S 115.

[3]) So Negusantius a. a. O. pars V membr. III, Nr. 18. 19. Dominicus Tuschus Practicae conclusiones iuris p. V lit. O. concl. 77 Nr. 25. Crusius De iure offerendi. c. VIII Nr. 4 p. 60.

Mit dieser Theorie stimmt Glück[1]) insofern überein, als auch er bei wechselseitiger Oblation dem besitzenden Gläubiger den Vorzug gab. Was geschehen sollte, wenn keiner das Objekt innehatte, sagt er nicht.

Andere[2]) wieder meinen, dass der bessere Gläubiger stets bei der Ausübung des ius offerendi dem schlechteren vorgehe, während Schweppe[3]) den Grundsatz aufstellt, dass, wer ausgekauft werden solle, immer guten Grund habe, selbst zu offerieren und demnach wegen der par causa den Vorzug verdiene. Linde[4]) endlich erklärt, dass dieser Kollisionsfall unausbleibliche Schwierigkeiten darbiete.

Was den erst erwähnten Kollisionsfall anlangt, so meint Haubold,[5]) dass der dem Abzufindenden näher stehende Nachhypothekar der bessere Offerent sei, und ähnlich entscheidet Gesterding,[6]) wenn er sagt, dass unter mehreren nachstehenden Gläubigern der ältere oder vorzüglichere wirksam offeriere.

Alle diese Entscheidungen beruhen auf Willkür, sie finden in den für das ius offerendi gegebenen Bestimmungen der Quellen keinerlei Anhalt — genügen auch vielfach nicht für all die Möglichkeiten, die bei der gleichzeitigen Ausübung des Eintrittsrechts vorkommen können.[7])

Fassen wir zuerst den im justinianeischen Rechte nicht mehr praktischen Fall ins Auge, dass primus dem secundus und gleichzeitig dieser jenem gegenüber das ius offerendi ausübt, also zunächst jeder dem anderen dessen Forderungsbetrag anbietet. Solange es nur bei Oblation bleibt, tritt irgend welche Rechtsveränderung nicht ein. Denn die Wirkungen des ius offerendi knüpfen sich erst an die Zahlung oder Deposition der betreffenden Summen. Nimmt nun einer das Angebot an, so scheidet er damit aus der Reihe der Gläubiger aus, seine eigene Oblation verliert also ihre Wirksamkeit — sein Pfandrecht geht auf den Gegner über.

[1]) a. a. O. S. 358.

[2]) Connanus Comment. iuris libr. IV c. 18. Schunk. Jahrbuch Bd. 17 S. 113 und Bd. 19 S. 124. Schmid. Grundlehren der Cession. Bd. I S 313–319.

[3]) Römisches Privatrecht, Bd. I § 367 S. 338.

[4]) Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, Bd. V S. 299.

[5]) In Barth Dissertat. Samml Bd. 4 S. 217.

[6]) Pfandrecht S. 301.

[7]) Vergl Thon. Jus off. des bess. Pfandgl. S. 44 ff. und Dernburg Pfandrecht II S. 533. Die Ansicht dieser Schriftsteller wird von uns durchaus gebilligt. Ihren Ausführungen schliesst sich die folgende Darstellung an.

Weigern beide die Acceptation, so kommt es darauf an, wer zuerst zur Deposition des Geldes schreitet.

Hat dies beispielsweise der primus gethan, so tritt er mit dem Augenblick, wo die Hinterlegung erfolgt, in die Stellung des secundus ein, — dieser hört ebenso auf, Pfandgläubiger zu sein, wie wenn er die offerierte Summe angenommen hätte. Eine spätere Deposition von seiner Seite würde keinerlei Erfolg mehr haben; denn er kann natürlich nicht mehr Rechte ausüben, die, wie das ius offerendi, Ausfluss des Pfandrechtes sind, sobald ihm ein solches nicht mehr zusteht.

Somit würde es zu einer wirklichen Kollision nur dann kommen, wenn thatsächlich primus wie secundus in demselben Augenblicke deponieren. In diesem Falle werden beider Rechte so lange gehemmt sein, bis einer von ihnen sich entschliesst, den für ihn deponierten Betrag abzuheben bezw. die von ihm vorgenommene Hinterlegung rückgängig zu machen, in welchem Momente die Deposition des Gegners vollwirksam würde. Dass sich einer oder der andere der Offerenten zu einem derartigen Nachgeben bald verstehen wird, liegt in der Natur der Sache.

Auch in dem anderen von uns erwähnten Kollisionsfalle, wenn mehrere Nachhypothekare (secundus und tertius) ihr Eintrittsrecht gegen denselben Vormann (primus) ausüben, kommt es zunächst darauf an, wer zuerst zahlt oder deponiert. Ist dies z. B. secundus, so tritt er durch eine dieser Handlungen in die Stellung des primus ein und macht dadurch die von tertius gegen diesen, der ja nicht mehr Gläubiger ist, ausgeübte Oblation hinfällig.

Da die Zahlung nicht ohne Mitwirkung des primus erfolgt — derselbe muss acceptieren — so hat es dieser in gewisser Weise in der Hand, dem einen oder dem anderen der Offerenten seine Rechtsstellung zu verschaffen. Er kann das Angebot des secundus annehmen, das des tertius ausschlagen, dann wird ihm secundus succedieren. Weigert er sich beide anzunehmen und erfolgt die Deposition seitens der Offerenten zur gleichen Zeit, so wird zwar der primus aus seiner Gläubigerstellung verdrängt, allein von den Nachhypothekaren tritt keiner in sein Pfandrecht ein, da beide gleich gute Ansprüche auf die Succession haben, von denen aber der eine den des anderen paralysirt.

Dies Verhältnis dauert so lange fort, bis einer der Offerenten weicht — dann tritt dessen Rivale in die Rechtsstellung des Vormannes ein — oder aber bis der primus eine der deponierten Summen für sich abhebt; dann succediert der Hinterleger gerade dieses Betrages.

B. Das ius offerendi in Deutschland.

I.

Historische Einleitung und Geltung im gemeinen Rechte.

Dem deutschen Privatrechte war in seiner späteren Entwicklung ebenso wie dem römischen mehrfache Verpfändung derselben Sache bekannt.[1])

Wesentlich verschieden und ungleich günstiger als in Rom war aber im deutschen Rechte die Stellung der jüngeren Pfandgläubiger. Nicht immer bestimmte sich zunächst das bessere Recht nach der Zeit der Konstituierung. Häufig erreichte derjenige Gläubiger den Vorrang, welcher sich zuerst in den Besitz des Pfandobjektes setzte, zuerst an diesem die Gewere erlangte.[2]) Somit hatte es jeder, auch der jüngste Kreditor in der Hand, seinen Anspruch durch Achtsamkeit sich zu wahren.

Des weiteren pflegte der Verkauf der verpfändeten Sache nicht privatim stattzufinden, wie in Rom. Der Gläubiger hatte sich vielmehr an Gericht oder Rat zu wenden und unter deren Assistenz sein Veräusserungsrecht zur Geltung zu bringen.

Üblich und vielfach vorgeschrieben war zudem ein mehrmaliges öffentliches Aufbieten des Objektes vor dem definitiven Verkauf. —

All diese Bestimmungen dienten dem Nachhypothekar zu wirksamem Schutze. In seiner sicheren Lage bedurfte er daher nicht in gleichem Masse wie der römische posterior creditor eines Festigungsmittels für sein Recht. Gleichwohl finden wir — wenn auch

---

[1]) Vergl. hierüber v. Meibom. Das deutsche Pfandrecht. Leipzig 1867 S. 444 ff.

[2]) Stobbe. Deutsches Privatrecht. Bd. II S. 309.

selten — in den älteren deutschen Rechtsquellen Anklänge an das römische ius offerendi.

Die ersten derartigen Spuren finden sich in dem Gothaischen Stadtrecht, welches, wahrscheinlich aus dem 14. Jahrhundert stammend, das XI. und XII. Buch des Rechtsbuchs von Johannes Purgoldt bildet. Dort heisst es in Buch XI Nr. 40: [1])

Kompt eyn man zeu pfanden nach der stadt recht an belehenen guthe, keme aber eyn ander dornach undt worde im auch gesaczt von gerichts wegen oder von wyllen, undt wyrt das guthe dem ersten orheb gemacht oder das pfandt, szo soll der erste das sweren uff den heyligenn, das er das nicht en woste das das pfandt orheys gemacht sey undt sall auch dornach beweysen nach der stadt recht, das es seyn vorpfandt sey, szo beheldt er eyn vorpfandt. Wyl aber der andre den ersten entlegen, undt zcu den pfanden komen, das sall der erste gestaten mit recht.

Ebenso scheinen sich auf dem verwandten Rechtsgebiete des Erbzinses dem ius offerendi ähnliche Sätze ausgebildet zu haben. So heisst es in dem wohl ebenfalls aus dem 14. Jahrhundert stammenden Stadtrechte von Freiberg[2]) i. S. in cap. I Nr. 24:

Wo zwene man erbecins haben an eine huse, der erste cinsmeister beheldt an allen sachen; wenne sin cinstag kumet, so nimit he sinen cins oder pfendet da vor mit gerichte oder ane gerichte, des in mac im der ander cinsmeister nicht irwern, oder vindet he da nicht zu pfendene, so butit se daz hus uf druw dinc und let iz im eigen vor sinen cinz. Des in mac im aber ienre nicht irwer, he wolle im denne sinen cins geben, so sal im ouch genugen billiche.

In beiden Rechten ist zwar deutlich nicht davon die Rede, dass der abfindende Gläubiger in die Stellung des abgefundenen succediere. Doch werden wir dies wohl annehmen können; insbesondere lassen bei dem Gothaischen Stadtrechte die Worte: „wyl aber der andere den ersten entlegen und czu den pfanden kommen“ darauf schliessen, während die Stelle aus dem Freiberger Stadtrechte etwa dasselbe sagt, wie die doch auch vom ius offerendi

[1]) Vergl. Ortloff. Sammlung deutscher Rechtsquellen. Jena 1840 S. 325, und über die Zeit der Entstehung des Stadtrechtes ebenda Einleitung S. 11.

[2]) Enthalten in Schott Sammlungen zu den deutschen Stadt- und Landrechten Leipzig 1773, Teil II. Über die Zeit der Entstehung dieses Rechtes vergl. daselbst S. 28. Die citierten Bestimmungen finden sich S. 159.

handelnde l. 3 C. si antiquior creditor (8. 19): Quominus creditor, qui ante pignus accepit, distrahat, non offerendo secundus priori debitum interpellare non potest.

Je mehr nun im Laufe der Zeiten das römische Recht in unserem Vaterlande Eingang fand, desto mehr treffen wir auch in den einzelnen Land- bezw. Stadtrechten — namentlich Süddeutschlands — die pfandrechtlichen und unter diesen insbesondere die vom ius offerendi handelnden Sätze desselben.

So führt uns bereits die Reformation der Stadt Worms vom Jahre 1498 in Buch V T. 3 Tit. 2 Abs. 12 bezw. Tit. 13 Abs. 5 und 6[1]) unser Rechtsinstitut ganz nach römischem Muster ausgebildet vor Augen. Ebenso erwähnt das Churfürstlich Pfälzische Landrecht von 1582 das ius offerendi und zwar mit deutlicher Beziehung auf l. 1 C. qui potiores:[2]) Die Bestimmungen dieses Gesetzbuchs gingen späterhin fast wörtlich in das Landrecht von Baden—Durlach aus dem Jahre 1622 über.[3])

Während so die römischen Sätze vom ius offerendi in einzelnen beschränkten Gebieten der deutschen Territorialstaaten langsam und allmählig Eingang fanden, nahm das für Deutschland als Ganzes subsidiär Geltung gewinnende Recht unser Institut schlechthin in der Gestalt auf, in welcher es uns in der Kodifikation Justinians entgegentritt.

[1]) Tit. 2 Abs. 12. Und mag der erst schultherr oder glaubiger die furter verpfendung nicht verhindern, widersprechen noch weren. Und es geschehe ime bezalung vom schuldener oder dem zweyten nachuolgenden schulthern oder glaubiger, so gefallen die verpfenten habe od. güter gemeinlich und sunderlich gantz in hafft und verpflicht des zweyten glaubigers und also fur und fur nach ir yedes anzal de schulden.

Tit. 13 Abs. 5. Wann meer schulthern oder glaubiger den etlich habe oder güter ingestellt weren, so mag allweg der ander nachuolgend glaubiger dem vordern syn schuld anbieten und also das pfand an sich lösen, ebenda Abs. 6. Auch widerumb mag der vorder schulther dem nachuolgenden syn anzal schulde darlegen und das pfand ime inhalten.

[2]) P. II. Tit. 20 § 2 Wann dann gehörter Massen eines Schuldners zween Gläubiger und der eine das Pfandt, der ander nichts inhatte und derjenige, so nichts innhatt, dem andern sein Schuld bezahlen wollte, oder wann er schon die Bezahlung anzunehmen verwaigert, das Gelt verpittschiert hinterlegte, soll ihme das Pfandt, obgleich davon nichts abgeredt, dannoch allein verbunden seyn und zugehören.

[3]) P. IV, Tit. 20 § 2.

Allerdings machte sich gegen eine derartige Reception vereinzelt Widerspruch geltend, der namentlich in neuerer Zeit schärfer zum Ausdruck gekommen ist.

Man bemerkte, dass die römischen Sätze vom Pfandrechte sich niemals vollkommen auf deutschem Boden acclimatisiert hätten, dass vielmehr die von ihnen oft grundsätzlich verschiedenen Principien des heimatlichen Rechts nicht nur in den Partikularrechten, sondern auch, wenngleich schwächer, im gemeinen Rechte sich Geltung verschafft hätten.

Man wies insbesondere darauf hin, dass bei der wichtigsten Art des Pfandrechtes dem Immobiliarpfande auch gemeinrechtlich dem nachstehenden Gläubiger die Veräusserungsbefugnis ebenso zuzusprechen sei wie dem ersten Kreditor, dass ferner diese Befugnis nicht mehr durch privaten Verkauf ausgeübt werden könne, sondern dass dieselbe nur unter Mitwirkung des Gerichtes realisiert zu werden vermöchte.

Man hob endlich hervor, dass dank dieser Abweichungen vom römischen Rechte ein gewaltiger Umschwung in der Verkehrsanschauung gerade bezüglich des Liegenschaftspfandes — der modernen Hypothek — eingetreten sei.

In Rom oder Byzanz sei es Sitte gewesen, Gelder entweder zum Betrieb gewinnbringender kommerzieller Unternehmungen zu benutzen oder gegen erhöhten Zins von Monat zu Monat auszuleihen. Wollte man Sicherheit für sein verliehenes Kapital, so zog man die Bürgschaft dem Pfandrechte vor — als wünschenswerte feste Vermögensanlage aber sah man vornehmlich den Erwerb von Grundstücken an. Anders im heutigen Leben! Die Darleihung von Geldern auf Hypotheken sei eine gesuchte Kapitalsanlage geworden, die man sich, sobald sie nur einigermassen Sicherheit biete, so lange als möglich zu erhalten trachte. So käme es, dass heutigen Tages ein Hypothekar, der durch Ausübung des ius offerendi vom Nachmanne abgefunden werde, häufig erheblichen Schaden erleide, wenn er sein Geld nicht schnell gleich gut unterzubringen vermöchte.

All diese Umstände führten Johann Voët[1]) zu der Annahme, dass das ius offerendi im gemeinen Rechte nicht mehr ohne die Zustimmung des abzufindenden Gläubigers geltend gemacht werden könne.

---

[1]) Comment. ad Pandectas Colon. Allobr. 1757 Tom. lib XX Tit. IV § 35.

Neuerdings dagegen ist von mehreren Seiten[1]) auf Grund der hervorgehobenen Thatsachen die Ansicht aufgestellt worden, dass die Ausübung des Eintrittsrechtes nur dann zulässig sei, wenn der zu befriedigende Hypothekar die Veräusserung des Pfandobjektes eingeleitet bezw. seine Forderung gekündigt habe.

Wir glauben keiner dieser Ansichten, die das ius offerendi im gemeinen Rechte nur mehr für beschränkt anwendbar machten; beitreten zu sollen.

Was zunächst das Pfandrecht an beweglichen Sachen anlangt, so sind die dies betreffenden Bestimmungen des römischsn Rechts unverändert in das gemeine Recht übergegangen.

Auf diesem Gebiete ist die Stellung des Nachpfandgläubigers eine bessere nicht geworden; er unterliegt der Übermacht des potior creditor hier ebenso wie in Rom und bedarf daher des ius offerendi in demselben Masse, in gleicher Ausdehnung wie der römische posterior creditor. Für das Mobiliarpfandrecht liegt somit irgend welcher Grund, die Geltung des ius offerendi einzuschränken, nicht vor.

Dagegen ist zuzugeben, dass auf dem Gebiete des Liegenschaftspfandes — der modernen Hypothek — der nachstehende Gläubiger in einer günstigeren Lage sich befindet, als der römische Nachhypothekar.[2]) Er vermag bei Nichtbefriedigung selbständig den Verkauf des ihm verhafteten Grundstücks zu veranlassen; er wird, auch wenn nicht er sondern der primus veräussern will, gegen die Willkür desselben dadurch geschützt, dass der Verkauf des Grundstücks vom Gericht geleitet wird. Aber damit ist das ius offerendi auch hier noch nicht überflüssig geworden.

Der Zweck dieses Institutes war, wie wir oben sahen, in Rom einmal dem Nachhypothekar als Ersatz für die ihm mangelnde Veräusserungsbefugnis zu dienen und dann ihn gegen unzeitigen, sein Recht gefährdenden Verkauf der Pfandsache durch den primus zu sichern.

In letzterer Beziehung kann das ius offerendi auch heute noch für den nachstehenden Hypothekar von der erheblichsten Bedeutung sein; denn nach wie vor ist es denkbar, dass der prior creditor zu einer Zeit den Verkauf veranlasst, die so ungünstig ist, dass der

[1]) Wilms in Bödikers Magazin für deutsches Rceht I. S. 315 ff. — Erkenntnis dss O. A.-G. zu Cassel vom 8. 2. 1867: Heusers Annalen für Kurhessen Bd. 14 S. 505 ff. Endlich Erkenntnis des O. A.-G. Berlin vom 4. 12. 1867: Seufferts Archiv. Bd. 21 Nr. 109.

[2]) Vergl. Dernburg, Pandekten I § 283.

Nachmann der Gefahr, mit seinem Anspruche nicht zur Hebung zu gelangen, ausgesetzt wird, wiewohl der Wert des Pfandobjekts unter normalen Verhältnissen auch seine Forderung vollauf decken würde.

In solchem Falle bedarf er also des ius offerendi ebenso wie früher. Er muss dasselbe auch unabhängig vom besseren Gläubiger, wie vom Schuldner auszuüben im stande sein. Wollte man ihn dabei an die Zustimmung eines jener beiden, etwa des Vorhypothekars, wie Voët will, binden, so würde das Eintrittsrecht ihm sicherlich den Dienst häufig versagen. Denn, dass jene Genehmigung eben nicht so leicht zu erhalten ist, wie man anzunehmen geneigt sein könnte, das geht aus den Fällen hervor, in denen das ius offerendi Gegenstand richterlicher Entscheidung geworden ist.

Wir glauben aber auch nicht, dass es angängig ist, die Geltendmachung des ius offerendi auf den Fall zu beschränken, dass der Vorhypothekar seine Forderung gekündigt hat oder wegen derselben Befriedigung aus dem Grundstücke verlangt.

Es handelt sich bei unserem Institut für das gemeine Recht nicht um Sätze, deren Zweckmässigkeit de lege ferenda zur Erörterung steht, sondern um Bestimmungen, die in Rom fest ausgebildet und in unserem Vaterlande — wie die ältere Litteratur zur Genüge ergiebt — auch rezipiert worden sind. Eine Umgestaltung dieser Rechtssätze liesse sich daher nur dann rechtfertigen, wenn sie als unbedingt notwendige Folge einer seither eingetretenen, mit jenen Sätzen unverträglichen Rechtsentwicklung angesehen werden müsste. Dass dies der Fall, ist aber nach unserem Dafürhalten durch die oben wiedergegebenen Ausführungen der Gegner nicht dargethan.

Man sagt, der Nachhypothekar bedürfe im gegenwärtigen Rechte des ius offerendi nur mehr, wenn seitens des Vormannes der Verkauf der Pfandsache drohe — denn nur den letzteren abzuwenden sei heut noch der Zweck des Rechtsinstituts. Das ist wohl richtig, doch wird damit nur erwiesen, dass das ius offerendi nicht mehr dieselbe Wichtigkeit hat, wie in Rom, dass eine Einschränkung der römischen Sätze nach der angedeuteten Richtung möglich wäre, ohne eine Schädigung der Interessen des Nachmannes. Nicht im geringsten aber folgt aus jenem Umstande die Notwendigkeit einer derartigen Einschränkung.

Was ferner die angeblichen Nachteile anlangt, welche durch die zeitlich unbegrenzte Geltendmachung des Eintrittsrechtes dem besseren Gläubiger unter den heutigentags obwaltenden Verhält-

nissen zugefügt werden könnten, so ist zu betonen, dass schon im römischen Recht nur dann der prior creditor sich die Oblation gefallen lassen musste, wenn er auch vom Schuldner Zahlung anzunehmen verbunden war. Bezweckt daher der Vorhypothekar bei Erwerbung seiner Hypothek eine sichere Vermögensanlage, so vermag er sich durch geeignetes Abkommen mit dem Schuldner — durch Unkündbarmachung des Kapitals — dieselbe zu verschaffen und zu erhalten, ohne befürchten zu müssen, dass er durch den Nachmann mittels des ius offerendi aus seiner günstigen Lage verdrängt werden könne. Hat der Vorhypothekar aber ein derartiges Abkommen zu treffen unterlassen, so ist nicht abzusehen, inwiefern ihm die unter Einhaltung der Kündigungsfrist erfolgende Befriedigung durch den nachstehenden Gläubiger unbilligerweise erheblich in Nachteil setzen könnte. Er wäre doch in diesem Falle der Abzahlung durch den Debitor ebenso ausgesetzt, wie er es der Abfindung durch den posterior creditor ist. Die Abänderung der römischen Bestimmungen wird also auch hierdurch nicht unumgänglich notwendig gemacht. —

Wir glauben daher, dass das ius offerendi in seiner römischen Gestalt noch heute im gemeinen Recht Kraft und Geltung hat, wie dies auch die herrschende Meinung annimmt.[1])

In den deutschen Partikularrechten hat unser Institut dagegen unter zum Teil sehr erheblicher Modifizierung der römischen Sätze Aufnahme gefunden.

Veranlasst ist diese Modifizierung vorwiegend durch diejenigen Umstände worden, welche von der soeben bekämpften Ansicht für eine Umgestaltung des römischen ius offerendi im gemeinen Rechte angeführt wurden.

Denn partikulargesetzlich hat das Eintrittsrecht überhaupt nur mehr den Zweck, den zu seiner Ausübung befugten Personen als Schutzmittel gegen unzeitigen und ungünstigen Verkauf der Pfandsache durch einen Gläubiger zu dienen. Nur im neuesten preussischen Rechte soll es — ähnlich wie in Rom — gewissen nachstehenden

---

[1]) Vergl. Windscheid, Pandekten I § 233 Anm. Puchta, Pandecten § 213. Bemerkt sei hier nur, dass man zu den Beendigungsgründen des ius offerendi im gemeinen Rechte auch den Ausbruch des Konkurses über das Vermögen des Schuldners rechnete. Gesterding, Pfandrecht S. 312. Curtius Handbuch des Sächsischen Civilrechts. Leipz. 1849 § 1119d und die daselbst Anm. ee citierten Schriftsteller. Ferner auch Lüder-Mencke Tractatus synopt. process. commun. et saxon. Lips. 1723 p. II tit. 44 Nr. 3.

Hypothekaren die Möglichkeit gewähren, ihr Pfandrecht gegen die Übernacht eines besseren Gläubigers zur Wirksamkeit zu bringen.

Der beschränktere Zweck, den unser Institut so in den Partikularrechten zu erreichen bestimmt ist, wirkt selbstverständlich auch auf die Bedeutung ein, welche ihm in demselben zukommt.

Immerhin ist es durch die mancherlei Kautelen, welche für die Sicherheit der Nachhypothekare in diesen Rechten gegeben wurden, nicht überflüssig geworden. Das dürfte aus dem oben für das gemeine Recht Gesagten hervorgehen.

Wir wollen nunmehr einen Ueberblick über die wichtigsten Partikularrechte zu gewinnen suchen.

II.

Das ius offerendi im bayrischen Rechte.

Bereits in einigen im 17. Jahrhundert für gewisse Teile des heutigen Königreichs Bayern erlassenen Landrechten finden sich Bestimmungen, die an das ius offerendi anklingen. Doch ist es nicht deutlich erkennbar, ob in der That jene Gesetze unser Institut bei den fraglichen Vorschriften im Auge gehabt haben. Denn sie erwähnen zwar die Befriedigung eines Pfandgläubigers durch einen anderen, nachstehenden; sie heben auch hervor, dass diese die Verhinderung der Übereignung der Pfandsache an den abzufindenden Gläubiger zum Zwecke habe, allein nicht bestimmt gelangt zum Ausdruck, ob mit jener Abfindung auch der Eintritt des zahlenden Kreditors in die Rechte des dimitierten Gläubigers verbunden ist, oder nicht. So setzte z. B. das Landrecht etc. der Fürstenthümben Obern- und Niedern-Bayern, welches zu München im Jahre 1616 im Druck erschien, in Teil II Gandtordnung tit. IV Art. 14 „Von der Vergantung fahrender Hab“ fest, was folgt:

Da er (sc. der Schuldner) aber mehrers nicht dann solche Pfandt hett und zwischen den Glaubigern ein priorität und vorgang were, soll man es dem ersten Glaubiger umb sein Schuld einantworten, es wolte dann jeder nachuolgend die Vorgehende mit entrichtung derselben Forderungen hindan lösen.

Diese Bestimmung ging wörtlich in das Landrecht des Fürstentums der Obern-Pfalz vom Jahre 1657 über.[1])

[1]) Tl. II Gandtordnung tit. IV Art. 14.

Die römischen Sätze vom ius offerendi fanden dagegen im Codex iuris Bavarici iudiciarii vom Jahre 1753 eingehendere Berücksichtigung.[1]) Nach den Vorschriften dieses Gesetzbuches stand jedem jüngeren Pfandgläubiger gegen jeden älteren oder vorgehenden Pfandgläubiger, nicht aber auch diesem gegen jenen, das ius offerendi zu. Es wurde durch „völlige“ Bezahlung der Forderung des Vormannes ausgeübt. Acceptierte der Letztere die ordnungsmässig dargebotene Summe nicht, so vertrat Deposition zu Gerichtshänden die Stelle der Annahme, so dass, wie ausdrücklich bemerkt wird, „jener ipso facto für bezahlt zu halten ist.“ Die Wirkung der Oblation bestand in dem völligen Eintritt des Offerenten in das gesamte Rechtsverhältnis des befriedigten Gläubigers. Das Gesetz sagt hierüber: „Auch tritt der andere allezeit gleich ohne weiteren Vertrag in seine Stelle, Unterpfand, Freiheit und Rechte ein.“

Der im Jahre 1756 erschienene Codex Maximilianeus Bavaricus begnügte sich damit, die soeben angeführten Vorschriften des Codex iudiciarius aufrecht zu erhalten.[2]) Nur einen „Beysatz“ fügte er denselben hinzu, dahingehend, dass der bessere Gläubiger nur alsdann die offerierte Bezahlung anzunehmen schuldig sein sollte, wenn er sich nicht im Besitz des Pfandobjects befände. Damit war kaum gemeint, dass in entgegengesetztem Falle das Eintrittsrecht gegen den prior überhaupt nicht ausgeübt werden könne. Es sollte vielmehr wohl nur konstatiert werden, dass dieser auch der Oblation des Nachmannes gegenüber sein ihm als Besitzer zustehendes Recht, sich durch Abfindung des posterior die possessio pignoris zu erhalten, nicht einbüsse, sondern, dass er bei derartiger Sachlage entweder sich selbst abfinden lassen oder aber seinerseits offerieren könne. Dies geht aus der Begründung jenes Zusatzes ziemlich deutlich hervor.[3])

Für das Gebiet des Immobiliarpfandrechtes ordnete das Gesetz vom 1. Juni 1822 das ius offerendi neu und unter einigen Abweichungen vom römischen Rechte.[4])

---

[1]) Cap. 20 § 14.

[2]) Tl. II cap. 6 § 15.

[3]) Sie lautet: „Denn der possessor hat die freye Wahl, ob er die possession behaupten und sich anmeldende Gläubiger mit ihren Forderungen gegen Cedir- und Überlassung derselben entrichten, oder aber das Pfand an sie abtreten wolle.

[4]) § 63 des Gesetzes. Vergl. hierüber insbesondere Regelsberger: Das Bayrische Hypthekenrecht. Leipzig 1877. Tl. II § 89

Nach diesem Gesetze ist der Zweck des Institutes einzig und allein der, den Hypothekengläubiger vor nachteiligem Verkauf der Pfandsache durch einen anderen Hypothekar zu schützen. Zur Erlangung der Veräusserungsbefugnis bedarf keiner jener Gläubiger das Rechtsinstitut mehr; denn diese steht jedem Hypothekar als solchem zu.[1])

Zur Ausübung des Eintrittsrechtes sind nach jenem Gesetze ausschliesslich „Hypothekare", d. h. Gläubiger, welche durch Eintragung ihrer Forderung im Hypothekenbuche ein dingliches Recht an ein und derselben unbeweglichen Sache erworben haben,[2]) befugt.

Unter den Hypothekaren selbst macht das Gesetz keinen Unterschied. Es kann also der prior dem posterior creditor und umgekehrt dieser jenem offerieren.

Die Ablösung erstreckt sich auf die gesammte Forderung, welche dem abzufindenden Gläubiger zusteht. Besonders hervorgehoben wird, dass auch die bis zum Ablauf der Aufkündigungszeit verfallenden Zinsen angeboten werden müssen. Damit soll wohl gesagt werden, dass nicht nur die Zinsrückstände, welche mit der eingetragenen Forderung gleichen Rang haben würden, zu decken sind, sondern auch diejenigen, welche der Schuldner hätte entrichten müssen, derenwegen aber der Gläubiger beim Verkaufe des Grundstücks erst nach Befriedigung sämtlicher anderer Hypothekare sich bezahlt zu machen vermöchte[3])

Ist dem so, dann dürfte in jenem Satze die Auffassung zu Tage treten, dass der Offerent für den Debitor und an dessen Stelle zahlt, — was wiederum von Wichtigkeit für die Entscheidung der Frage wäre, ob denn der offerierende Hypothekar den Oblaten auch wegen sonstiger Nebenforderungen, z. B. wegen durch Kündigung oder Ausklagung des Anspruches entstandener Kosten oder wegen Verzugszinsen abzufinden gehalten sei. Da sich das Pfandrecht des Hypothekars auf derartige Ansprüche nicht erstreckt, sobald er mit weiteren Hypothekaren am selben Objekte konkurriert,[4]) so erscheint die Lösung dieser Frage an sich nicht un-

---

S. 340 ff. — v. Gönner, Kommentar über das Hypothekengesetz für Bayern. 2. Aufl. v. Graf. München 1868 zu § 63 (S. 512). Roth, Bayrisches Civilrecht. Tübingen 1872. Bd. II § 192.

[1]) Cf. Regelsberger a. a. O. § 79.

[2]) Cf. § 1 des gen. Gesetzes.

[3]) Vergl. hierüber Regelsberger a. a. O. S. 357.

[4]) Regelsberger S. 355. 356.

zweifelhaft. Nimmt man aber an, dass der Offerent bei der Abfindung für den Schuldner handelt, so unterliegt es keinem Bedenken, dass er auch für die angedeuteten Ansprüche aufkommen muss. Denn dem Debitor gegenüber haftet das Pfand auch für diese.

Was die Zeit anlangt, in welcher das ius offerendi ausgeübt zu werden vermag, so ist auf die Bestimmung derselben der Zweck, welchen unser Institut nach dem Hypothekengesetze verfolgt, von massgebendem Einfluss gewesen. Nur zur Abwendung des Verkaufs des Pfandgegenstandes soll das Eintrittsrecht dienen; daher erschien es gerechtfertigt, seine Geltendmachung auch von dem Momente an erst zu gestatten, wo die Gefahr eines solchen Verkaufes greifbarere Gestalt gewonnen hatte.

Das Gesetz bestimmt aus diesem Grunde, dass das Ablösungsrecht nur dann ausgeübt werden könne, wenn der abzufindende Gläubiger seine Forderung gerichtlich geltend gemacht habe.[1]) Von dem Augenblick an also, wo der Oblat die Klage auf Befriedigung seines Anspruches anhängig gemacht, dieselbe zugestellt hat, kann ihm offeriert werden. Gleichgültig erscheint aber, ob die Klage sich auf die ganze Forderung des Hypothekars erstreckt, oder auf einen Teil derselben, vielleicht nur auf die Zinsrückstände.[2]) Doch würde, wenn nur eine Teilsumme eingeklagt ist, die Oblation sich kaum auf den ganzen, vom Oblaten zu beanspruchenden, sondern nur auf den eingeklagten Betrag beziehen müssen.

Der Oblat ist gehalten die Oblation anzunehmen. Geschieht dies nicht, so erreicht der Offerent durch gerichtliche Deponierung des Dargebotenen seinen Zweck ebenso unmittelbar, wie dies in Rom der Fall war.

Die Wirkung der Ausübung des ius offerendi wird von dem Gesetze nicht eingehender erörtert. Doch nimmt man allgemein an, dass nicht nur eine Succession des abfindenden Gläubigers in das hypothekarische Recht des Befriedigten erfolgt, dass vielmehr

[1]) Unabhängig hiervon kann nach dem Gesetze das Ablösungsrecht dann ausgeübt werden, wenn der Schuldner seine Zustimmung dazu giebt. Damit wird das bayrische Ablösungsrecht dem römischen „Abfindungsgeschäft“ genähert.

[2]) v. Gönner a. a O. Nr. 5 a. E. meint — unter Zustimmung Roths II S. 455 A. 38, — dass eine Klage wegen rückständiger Zinsen das Ablösungsrecht nicht begründe. Mit Recht bemerkt Regelsberger a. a. O. S. 442 Anm. 5, dass gegen diese Ansicht die ratio legis spreche.

auch des Letzteren persönliche Forderung nebst all ihren Accessorien auf den Offerenten übergehe.

Eine besondere Cession der Rechte wird nicht für nötig erachtet. Vielmehr knüpfen sich die Folgen des ius offerendi, ebenso wie in Rom, direkt an die Zahlung oder Deposition.

Aus dem letzteren Umstande folgt, dass im Falle mehrfacher Oblation durch verschiedene Gläubiger dieselben Sätze Anwendung finden, welche oben für die Konkurrenz der römischen Pfandgläubiger bei Ausübung des Eintrittsrechtes aufgestellt wurden.[1])

In der so skizzierten Gestalt ist das ius offerendi noch heut in Bayern praktischen Rechtes. Denn der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich, welcher vom Jahre 1861 ab veröffentlicht wurde, hat niemals Gesetzeskraft erhalten. Immerhin sei erwähnt, dass auch in diesem Entwurfe unser Institut Platz gefunden hat.

Die bezüglichen Vorschriften desselben stellen sich als eine Durch- und Fortbildung der entsprechenden Bestimmungen des Gesetzes vom 1. Juni 1822 dar. Sie beziehen sich ausschliesslich auf die Hypothek, nicht auch auf das Faustpfand und lauten im Einzelnen:[2])

Art. 403. Von mehreren Hypothekengläubigern an einer Sache ist jeder befugt, die Forderung des anderen durch Ablösung zu erwerben, wenn der Letztere seine Forderung gekündigt oder die Rechtsverfolgung zur Erlangung seiner Befriedigung eingeleitet hat, oder wenn der Pfandeigentümer seine Zustimmung erteilt.

Wollen mehrere Gläubiger gleichzeitig einen anderen ablösen, so geht derjenige vor, welcher zuerst die Ablösung angeboten hat.

Art. 404. Die Ablösung wird bewirkt durch vollständige Befriedigung des Gläubigers für Haupt- und Nebenforderungen, soweit sich auf letztere die Hypothek erstreckt.

---

[1]) Wir glauben also, dass im Allgemeinen desjenigen Gläubigers Oblation wirksam wird, welcher zuerst gezahlt oder deponiert hat. Im Gegensatz hierzu will Gönner (a. a. O. Nr. 6) die Zeit des Angebots entscheiden lassen. Ihm scheint Regelsberger S. 442 Nr. 3 beizustimmen. Wie aber, wenn A. zwar früher als B. anbietet, Letzterer jedoch — nachdem der Oblat beide Gebote ausgeschlagen — zuerst deponiert? Dann tritt er doch sicherlich in die Rechte des Oblaten nach römischem wie nach bayrischem Rechte in dem Augenblick der Deposition ein. Oder soll das nach bayrischem Rechte in diesem Falle etwa nicht gelten?

[2]) Entwurf. München 1864 Tl. III S. 80.

Wird von dem Ablösungsrechte ohne Beachtung der zu Gunsten des Gläubigers bedungenen Kündigungsfrist Gebrauch gemacht, so kann dieser auch die bis zum Ablaufe jener Frist zu berechnenden Zinsen fordern. —

III.

Das ius offerendi im Sächsischen Rechte.

Die älteren chursächsischen Konstitutionen thun des ius offerendi keine Erwähnung. Doch waren im 17. und 18. Jahrhundert die Rechtsgelehrten, welche sich mit der Darstellung des sächsischen Privatrechtes befassten, meist der Ansicht, dass unser Institut auch für Sachsen in der Gestalt Geltung habe, welche ihm von den Juristen Roms gegeben worden war.[1]) Gegen Ende des vorigen Jahrhunderts stiess diese Meinung allerdings auf Widerspruch und es erklärten sich einige Schriftsteller[2]) gegen die Reception der römischen Sätze vom ius offerendi auf sächsischem Boden.

In der Gesetzgebung fand das Eintrittsrecht zuerst in unserem Jahrhundert Berücksichtigung. Die Verordnung vom 10. Januar 1815[3]) bestimmte, was folgt:

§ 2. Durch die für den Schuldner dem hypothekarischen Gläubiger von einem nachstehenden Gläubiger oder einem dritten vollständig bewirkte Befriedigung an Hauptstamm, Zinsen und Kosten oder durch gerichtliche Deposition des Betrages tritt der Zahlende auch ohne ausdrückliche Cession zu jeder Zeit und solange, bis auf die Versteigerung des verpfändeten Grundstücks rechtskräftig erkannt oder zu dem Vermögen des Schuldners ein Konkurs ausgebrochen ist, in sämtliche Rechte und Verbindlichkeiten, welche mit der bezahlten Forderung verbunden waren, insoweit solche nicht bloss persönlich und die Rechte an sich einer Cession unfähig sind und insofern nicht die Cession in Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse des Zahlenden unzulässig seyn würde.

§ 3. Dieses Eintretungsrecht kann sowohl bei stillschweigenden, als bei ausdrücklichen Hypotheken ausgeübt werden.

---

[1]) Vergl Carprov. Jurisprud. forens. Romono — Saxonica. Leipzig 1684 p. I. const. 28. def. 133 Nr. 5 — Mencke: Tractatus synopt. process. iur. com. et saxon. Leipzig 1723 pars II tit. 44 Nr. 3.

[2]) Haubold. Opusculu academica Leipz. Seite 635, und Meinhoff Diss. observ. quasd. iur. germ. et saxon. contin. Viteb. 1791.

[3]) Vergl. Schaffrath. Codex Saxonicus. Leipz. 1842 Bd. I S. 1486.

§ 4. Hat jedoch der Schuldner mit seinem hypothekarischen Gläubiger sich gerichtlich dahin vereiniget, dass ohne Einwilligung das Eintretungsrecht nicht ausgeübt werden solle, so bleibt dieser Vertrag gültig.

Man sieht, dass diese detaillierten Vorschriften auf der einen Seite die Befugnis zur Ausübung des ius offerendi ausserordentlich erweiterten, indem sie dieselbe jedem beliebigen Dritten zusprachen, — dass sie dagegen auf der anderen Seite die Geltendmachung des Eintrittsrechtes in nicht zu billigender Weise beschränkten, indem sie es unter Umständen an die Zustimmung des zu dimittierenden Gläubigers banden.

Bei der Umgestaltung des Hypothekenrechtes, welche durch das Gesetz vom 6. November 1843 (G. S. Seite 109) erfolgte, wurde unser Rechtsinstitut gleichfalls berücksichtigt. Die in den §§ 96—98 jenes Gesetzes über das ius offerendi getroffenen Vorschriften gingen sodann mit unwesentlichen Abänderungen in das bürgerliche Gesetzbuch vom 2. Januar 1863 über.[1])

Nach den Bestimmungen des letzteren steht das „Ablösungsrecht" einem jeden „Pfandgläubiger" zu. Damit sind jedoch nur „Hypothekare" gemeint. Denn die von dem Ablösungsrechte handelnden Bestimmungen finden sich in demjenigen Abschnitte des Gesetzes, welcher ausschliesslich von Pfandrechten an unbeweglichen Sachen handelt.[2]) Ferner wird als Wirkung des ius offerendi vorzüglich das Recht des Offerenten auf Übergang der Hypothek und Umschreibung im Hypothekenbuche bezeichnet.[3]) Schliesslich braucht das Gesetz den generellen Ausdruck „Pfandgläubiger" häufig für den speziellen „Hypothekar."[4]) Den Faustpfandgläubigern steht das ius offerendi also nicht zu,[5]) obwohl kein

---

[1]) §§ 446—448 des bürgerl. Gesetzb. Vergl. die Darstellungen von Siegmann: Das kgl. sächs. Hypothekenrecht. Leipz. 1875 S. 115 ff. Siebenhaar: Allg. Gerichtszeit. für Sachsen XXIV S. 47 ff. Ferner Siebenhaar-Siegmann, Komment. z. bürgerl. Gesetzb. Leipz. 1864 Bd. I zu den gen. §§ und für das ältere Recht: Haubold: Lehrb. des königl. sächs. Privatr. Leipz. 1847 § 215a und namentlich Curtius, Handbuch des sächs. Civilr. Leipz. 1849 Tl. II Abt. III § 1119d.

[2]) §§ 387—465.

[3]) § 448.

[4]) §§ 440. 457. 460 u. a.

[5]) Dafür spricht auch, dass nach § 483 nur die Vorschriften über das „Eintretungsrecht" eines Dritten mit Zustimmung des Schuldners

Zweifel sein kann, dass nach sächsischem Rechte eine mehrfache Verpfändung derselben beweglichen Sache möglich ist.[1])

Unter den Hypothekaren selbst macht das Gesetz keinerlei Unterschied bezüglich der Eintrittsberechtigung. Es hebt vielmehr besonders hervor, dass sowohl dem älteren als auch dem jüngeren Gläubiger das Ablösungsrecht zustehe.[2])

Das letztere richtet sich naturgemäss nur gegen einen Hypothekar, welchem dieselbe Liegenschaft verpfändet ist, wie dem Offerenten.

Erste Bedingung ist aber, dass der Oblat den Antrag auf Verkauf des Pfandes gestellt hat, denn auch hier wieder ist der Zweck des ius offerendi nur mehr der, eine ungünstige Veräusserung des Objektes zu hindern.

Das Angebot muss sich auf den gesamten vom Oblaten dem Schuldner gegenüber auf Grund der Hypothek geltend zu machenden Anspruch erstrecken. Nach besonderer Vorschrift[3]) ist die Forderung, auch wenn sie nur teilweise fällig ist, doch ganz zu bezahlen. Diese Bestimmung hat zu Zweifeln[4]) Anlass gegeben. Will sie sagen, dass das Eintrittsrecht bei teilweiser Fälligkeit nur dann Platz greife, wenn der Oblat sich die Totalabfindung gefallen lasse? Oder soll damit ausgedrückt sein, dass der Offerent auch in solchem Falle die gesamte Forderung durch deren Auszahlung an sich bringen könne?

Wir meinen, der Abfindende muss stets den vollen Betrag der auszuzahlenden Hypothek anbieten. Wird die Oblation acceptiert, so geht die gesamte Forderung auf den Ablösenden über. Wird aber seine Offerte nicht angenommen, so vermag er nur denjenigen Teil der Forderung an sich zu bringen, welcher fällig ist und

analog beim Faustpfande zur Anwendung kommen sollen, während dort des ius offerendi „des Ablösungsrechtes“ keine Erwähnung gethan wird.

[1]) § 472 spricht direkt von mehreren Pfandrechten an derselben beweglichen Sache. Cf. auch Siebenhaar-Siegmann a. a. O. zu § 466 a. E.

[2]) § 435 a. E.

[3]) § 447.

[4]) Cf. Siebenhaar, Ger.-Ztg. XXIV S. 49, der mit der hier vertretenen Meinung nicht übereinstimmt, sondern die Ausübung des „Eintretungsrechts“, welches in dieser Beziehung dem „Ablösungsrechte“ ganz gleich steht, bei teilweiser Fälligkeit von dem guten Willen des Oblaten abhängig zu machen geneigt ist.

wegen dessen der Zwangsverkauf beantragt war. Denn damit erreicht er seinen Zweck, den letzteren abzuwenden. Was die Deposition anlangt, die stets stattfinden muss, sobald die Annahme der angebotenen Summe nicht erfolgt ist, so dürfte es genügen, wenn in diesem Falle nur der fällige Betrag hinterlegt wird.[1]) Der Oblat könnte sich darüber nicht beschweren — da er ja die ganze ihm dargebotene Summe vorher ausgeschlagen. Unbillig aber wäre es, dem Offerenten zuzumuten, den Betrag der gesamten Hypothek des abzulösenden Gläubigers zu deponieren, da er nur einen Teil derselben sofort als Äquivalent erhält. —

Im Gegensatz zu den Bestimmungen der Verordnung vom 10. Januar 1815 setzt das bürgerliche Gesetzbuch fest, dass die Ausübung des ius offerendi schlechthin ohne die Zustimmung des Schuldners wie des abzulösenden Gläubigers stattfinden dürfe. Somit wird das Eintrittsrecht auch nicht durch einen Vertrag zwischen den letztgenannten Personen beschränkt werden können.

Zu Zweifeln hat auch hier wieder die Frage Anlass gegeben, welches die Wirkungen des Ablösungsrechtes seien. Das Gesetz sagt einmal, es könne der Pfandgläubiger die Forderung des betreibenden Kreditors erwerben. Es sagt dann weiter, dass durch Ausübung des Ablösungsrechtes das Recht auf Übergang der Hypothek und auf Umschreibung im Hypothekenbuche erwachse. Danach wird man anzunehmen haben, dass mit der Zahlung oder der diese ersetzenden Deposition der Gläubiger nicht ohne weiteres in die Stellung des dimittierten Gläubigers eintritt.[2])

---

[1]) A. M. Siebenhaar-Siegmann, Kommentar zu § 447.

[2]) Bezügl. des „Eintretungsrechtes", welches gleichfalls einen Rechtsgrund zur Umschreibung der Hypothek gewährt, hat das O. App. Ger. zu Dresden am 11. 9. 74 folgende Entscheidung gefällt: Derjenige, welcher durch Befriedigung des Pfandgläubigers einen Rechtsgrund auf Umschreibung der Forderung auf seinen Namen erhalten hat, kann, auch wenn die Umschreibung noch nicht bewirkt und die Hypothek durch inmittelst erfolgte Zwangsversteigerung erloschen ist, verlangen, dass die auf die Forderung ausfallende Perzeptionsrate ihm, nicht den als Inhaber der Forderung noch eingetragenen, von ihm befriedigten Gläubiger zugeteilt und gewährt werde; nur muss die Zahlung an den Gläubiger mit der erklärten oder erkennbaren Absicht, die Forderung zu erwerben, geschehen sein (Zeitschr. f. Rechtspflege in Sachsen Bd. 42 S. 343). Die Entscheidung dürfte mit Rücksicht auf § 438 d. bürgerl. Gesetzb. nicht unbedenklich sein. Immerhin wird sie analog auch beim Ablösungsrechte gegebenen Falls zur Anwendung kommen können.

Dazu bedarf es vielmehr noch der Umschreibung der jenem bisher gebührenden Hypothek.

Diese kann aber der Offerent sofort selbst beim Richter beantragen, — er hat einen Rechtsgrund zur Übertragung kraft gesetzlicher Bestimmung (§ 438).

Es bedarf also nicht noch der Einwilligung des Oblaten zur Transscription, geschweige denn einer Rechtsabtretung von seiten desselben. Erhebt der Oblat gegen die Umschreibung Widerspruch etwa mit der Behauptung, es liege eine ordnungsmässige Ausübung des ius offerendi nicht vor, so würden die Parteien im Wege der Feststellungsklage darüber sich auseinanderzusetzen haben.

Im Hypothekenbuche selbst ist nach besonderer Bestimmung der Gerichtsordnung vom 9. Januar 1865[1]) neben den ursprünglichen Eintrag der auf den Offerenten umgeschriebenen Forderung der Vermerk „abgelöst“ zu setzen.

Mit der Hypothek geht auch die derselben notwendigerweise zu Grunde liegende persönliche Forderung auf den ablösenden Gläubiger über. Dies ergiebt sich schon daraus, dass die Hypothek nach der Auffassung des sächsischen Gesetzbuches streng accessorischer Natur ist.[2]) Es geht dies aber auch daraus hervor, dass das Gesetz selbst einmal[3]) sagt, der Offerent erwerbe „die Forderung“ des befriedigten Gläubigers. Unter der Forderung schlechthin wird man aber die „obligatio personalis“ verstehen müssen.

Durch den Übergang der letzteren tritt nun der Abfinder auch in alle derselben zur Sicherung bestimmten Nebenrechte ein.

Ist die abgelöste Forderung z. B. durch eine Korrealhypothek[4]) gedeckt, so erwirbt der Offerent auch diese, gleichgültig ob sein eigenes Pfandrecht auch auf sämtlichen für jene Forderung haftenden Liegenschaften ruht oder nicht.

Die Beendigungsgründe für das ius offerendi fallen zusammen mit denen des Pfandrechts überhaupt. Doch wird man annehmen müssen, dass der Hypothekar dann nicht zur Oblation berechtigt ist, wenn der Oblat den von ihm gestellten Antrag auf Verkauf des Grundstücks wieder zurückzieht.

---

[1]) Vergl. § 153 der G.-O.

[2]) Cf. Siegmann a. a. O. S. 32 und die dort citierten Gesetzesstellen, von denen hier besonders § 384 des G.-B. interessiert.

[3]) § 446.

[4]) A. M. Siebenhaar, Ger.-Ztg. S. 51.

Hat er dagegen schon vordem offeriert, bezw. deponiert, so kann die Zurücknahme des Antrages keinerlei Wirkung mehr ausüben, denn es hat dann bereits der Offerent das Recht auf Umschreibung gewonnen.

Bei vorkommenden Kollisionsfällen soll nach § 446 der jüngere Gläubiger den Vorzug vor dem älteren haben.

IV.

Das ius offerendi nach dem Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche.[1])

Das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch hat unser Rechtsinstitut zwar in sich aufgenommen, aber ausführliche Vorschriften bezüglich desselben nicht getroffen. Nur ein einziger Paragraph behandelt das ius offerendi, und dieser ist so knapp gefasst, dass seine Auslegung zu mancherlei Kontroversen Anlass gegeben hat.

Der § 462 des genannten Gesetzbuches, dem unsere Bemerkungen gelten, bestimmt:

> „Vor der Feilbietung eines Gutes ist jedem darauf eingetragenen Pfandgläubiger die Einlösung der Forderung, wegen welcher die Feilbietung angesucht worden, zu gestatten."

Die ersten Worte des Paragraphen deuten die Bestimmung, welche unser Institut im österreichischen Rechte erfüllen soll, an. Sie besteht in der Abwehr eines ungünstigen Verkaufes des Pfandobjekts. Daher betont das Gesetz, dass vor der Feilbietung eines Gutes das ius offerendi ausgeübt werden dürfe.

Wem steht das letztere nun zu? Man sollte meinen, die Fassung des Paragraphen lasse keinen Zweifel darüber aufkommen, dass zur Oblation berechtigt ist, ein jeder Pfandgläubiger, dessen Forderung auf einem Grundstücke eingetragen ist — also jeder Hypothekar.

---

[1]) Vergl. v. Zeiller, Kommentar zum bürg. Gesetzb. Bd. II zu § 462. Nippel, Erläuterung zum bürg. Gesetzb. Bd. III zu § 462. Kopetzky in Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit 1834 II S. 18 ff., und jetzt namentlich: Exner: Das österr. Hypothekenrecht. Leipz. 1881 Abt. II S. 531 ff.

Allein, obwohl das Gesetz nur von derartigen Gläubigern als einlösungsberechtigten spricht, glauben manche Schriftsteller dennoch, die Berechtigung zur Ausübung des ius offerendi auf andere Personen, namentlich weitere Realberechtigte, Servituteninhaber, Miteigentümer, Drittbesitzer etc. ausdehnen zu können.[1]

Wir halten dies für unzulässig. Denn es kann nicht zweifelhaft sein, dass das österreichische Recht in dem ius offerendi eine Abweichung von der allgemeinen Rechtsregel erblickt, wie dies der § 1423 des bürgerlichen Gesetzbuches zur Genüge kennzeichnet, indem er auf unseren Paragraphen als eine Ausnahme von dem Prinzipe, dass keinem Gläubiger ohne Einwilligung des Schuldners durch einen Dritten Zahlungen aufgedrungen werden dürften, hinweist. Singularia autem sunt stricte interpretanda. — Daher steht das ius offerendi nur dem Liegenschaftspfandgläubiger, dem Hypothekar zu. Gleichgültig ist aber, an welcher Stelle dieser rangiert, ob er insbesondere dem Oblaten vor- oder nachgeht.

Das Einlösungsrecht richtet sich gegen den Inhaber der Forderung, derenwegen die Feilbietung des Gutes beantragt worden ist.

Also kann offeriert werden auch nur wieder einem Pfandgläubiger, denn nur einem solchen steht das Recht zu, die Feilbietung des Gutes zu verlangen[2]), und es ist selbstverständlich, geht aber auch aus dem Paragraphen deutlich hervor, dass Offerent und Oblat an ein und demselben Grundstück ein Pfandrecht haben müssen.

Streitig ist, von welchem Augenblick an das ius offerendi geltend zu machen ist. Wir meinen auch hier wieder uns strikt an die Worte des Gesetzes halten zu müssen. Wenn dieses sagt, es sei die Einlösung derjenigen Forderung gestattet, wegen welcher die Feilbietung des Gutes angesucht worden, so setzt es offenbar voraus, dass bei Ausübung des Oblationsrechts der Antrag auf Subhastation bereits gestellt ist. Daher wird man erst von dem Augenblicke an, wo das letztere geschehen, dem bedrohten Hypothekar gegen den Exequierenden das ius offerendi zugestehen können, nicht schon früher — etwa von dem Zeitpunkt an, wo der Oblat seine Forderung eingeklagt hat.[3])

Weniger zweifelhaft ist der Endtermin, bis zu welchem das Einlösungsrecht geltend gemacht werden kann. Da der Zweck des

[1]) Vergl. Exner a. a. O. S. 593 ff. und Kopetzky a. a. O. S. 20.

[2]) Cf. § 460 a. bürg. Gesetzb.

[3]) a. M. Exner a. a. O. S. 546.

Instituts darin besteht, die Feilbietung des Gutes zu hindern, so ist seine Ausübung nicht mehr gestattet, sobald jene Feilbietung vollzogen, d. h. der Zuschlag an den Meistbietenden erteilt ist.

Über die Ausübung des ius offerendi selbst verbreitet sich das Gesetz nicht näher. Sie geschieht, wie sich aus dem citierten Paragraphen aber entnehmen lässt, durch Angebot des dem Oblaten zustehenden hypothekarisch gesicherten Anspruches, zu dessen Befriedigung die Zwangsversteigerung beantragt ist.

Und zwar muss stets der Gesammtbetrag der Forderung nebst Nebenleistungen offeriert werden. Teilzahlungen kann der Oblat im Allgemeinen zurückweisen, da er dieselben auch nicht vom Schuldner anzunehmen gehalten ist.[1]) Ist aber nur wegen eines Teiles der Forderung von dem Oblaten Zwangsversteigerung nachgesucht, so braucht auch nur dieser Teil offeriert zu werden.

Dass bei der Oblation eine Rücksichtnahme auf die Zustimmung des Schuldners oder des abzufindenden Gläubigers nicht nötig ist, hebt der bereits erwähnte § 1423 b. Ges. B. ausdrücklich hervor.

Der Oblat ist sonach gehalten, den ordnungsmässig angebotenen Forderungsbetrag zu acceptieren. Was aber geschieht, wenn er dies trotzdem nicht thut? Man sagt, er könne durch gerichtliche Zwangsmittel dazu genötigt werden, auch könne zur Einstellung der Exekution die Forderung vom Ablöser bei Gericht hinterlegt werden.[2]) Allein davon erwähnt das Gesetz nicht das Geringste. Was insbesondere die Deposition anbelangt, so sagt es nur, dass der Schuldner dieselbe vornehmen dürfe,[3]) wenn der Gläubiger Annahme seines Forderungsbetrages unrechtmässig weigere. Hier handelt es sich aber nicht um eine Zahlung des Schuldners, sondern um die eines Dritten ohne dessen Einwilligung.

Wir glauben daher, dass in solchem Falle der Offerent gegen den Oblaten auf Annahme des angebotenen Betrages und auf Abtretung der Rechte Klage erheben muss.

Wir schliessen aus dem Umstande, dass das Gesetz dem Ablöser das Depositionsrecht nicht giebt, aber auch, dass der Offerent überhaupt nicht von selbst und ohne weiteres durch Ausübung ius offerendi in die Stellung des dimittierten Gläubigers einrückt.[4])

---

[1]) § 1415 A. bürg. Gesetzb.

[2]) Kopetzky a. a. O. S. 20. Exner a a. O. S. 551.

[3]) § 1425 A. bürg. Ges.-B.

[4]) Dagegen nehmen Kopetzky a. a. O. 20 und Exner a. a. O. 541 an, dass die Ausübung des ius offerendi die Wirkung einer Cession

Wir nehmen vielmehr an, dass ihm stets erst von dem Oblaten dessen Rechte cediert werden müssen, und dass ihm aus der Oblation nur ein Anspruch auf derartige Cession erwächst, wie dies auch im Preussischen Allgemeinen Landrecht der Fall ist.

Zur Unterstützung unserer Ansicht berufen wir uns namentlich auf die analogen Verhältnisse bei der Abfindung des Gläubigers durch einen Dritten mit Zustimmung des Schuldners.

Bei dieser betont das Gesetz ausdrücklich, dass der Gläubiger Zahlung annehmen und sein Recht abtreten müsse, und dass der Dritte, welcher zahlt, die Abtretung[1]) jenes Rechts verlangen könne. Wenn wir nun sehen, dass das Gesetz selbst die solutio ex iure offerendi mit der solutio tertii in Vergleich stellt[2]) und als allgemeinen Unterschied zwischen beiden die Zustimmung des Schuldners erwähnt, welche bei jener fehlen kann, bei dieser aber notwendig ist, so werden wir in der Ansicht, dass bei beiden Arten der Abfindung durch einen Nichtschuldner die Wirkungen dieselben sind, erheblich bestärkt.

Wie weit sich der Anspruch auf Cession erstreckt, sagt das Gesetz nicht. Doch werden wir annehmen können, dass die persönliche Forderung nebst den sie schützenden Nebenrechten abgetreten werden muss.

Ebenso schweigt das Gesetz darüber, was Rechtens sein soll, sobald mehrere Gläubiger gleichzeitig offerieren. Es dürfte auch hier die Prävention entscheiden wie in Rom.

V.

Das ius offerendi im französischen Rechte.[3])

Der code civil, welcher in den am Rhein gelegenen Ländern Deutschlands zum überwiegenden Teile gilt, hat dem ius offerendi eine dem römischen Rechte und den deutschen Partikularrechten fremde Ausdehnung gegeben, indem er in die Reihe der zur Aus-

habe. Kopetzky stützt sich dabei auf § 1358 A. b. Ges. Dieser Paragraph handelt aber — das setzt seine Stellung ausser allen Zweifel — vom Bürgen.

[1]) Cf. § 1422.

[2]) Cf. § 1423 A. b. Gesetzb.

[3]) Vergl. Zachariae-Dreyer. Französisches Civilrecht Bd. II § 321. 7. Aufl. 1886. Bd. II. S. 377, Anm. 14 und S. 379.

übung des Eintrittsrechts legitimierten Personen auch die nur chirographarischen Gläubiger eines Schuldners aufnahm und andererseits nicht nur gegen Pfandgläubiger die Geltendmachung des ius offerendi zuliess, sondern schlechthin gegen jeden bevorzugten Kreditor. Der Grund hierfür ist in dem eigentümlichen Privilegien- und Hypothekenrechte des genannten Gesetzbuches zu suchen. Nicht wie sonst überall haben in Frankreich die Hypothekare einen unter allen Umständen gesicherten Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem ihnen verhafteten Objekte. In der Regel gehen ihnen vielmehr diejenigen Gläubiger vor, deren Forderungen ihrer Qualität wegen kraft gesetzlicher Bestimmung mit besonderen Privilegien ausgestattet sind.[1])

Wollte daher der Gesetzgeber dem schlechter gestellten Gläubiger in dem ius offerendi ein Sicherungsmittel gegen den besseren Kreditor geben, so war es natürlich, dass er dies Recht auch gegen die besten — die privilegierten Gläubiger sich richten liess. Wurde aber der Kreis der passiv beim ius offerendi beteiligten Personen über die eigentlichen Hypothekare auf die bevorrechteten chirographarischen Gläubiger ausgedehnt — so lag es nahe, auch nach der Seite der activ zur Ausübung des Eintrittsrechts Befugten über die Pfandgläubiger hinauszugehen. Dem französischen Gesetzgeber fiel dies um so leichter, als er, dem Gedanken Ausdruck verleihend, es biete das gesamte Vermögen des Schuldners einem jeden seiner Gläubiger ein Unterpfand für die Befriedigung,[2]) den Unterschied zwischen Pfandgläubiger und nur persönlich Berechtigten nicht in voller Schärfe anzuerkennen schien.

So ist es nicht auffallend, wenn Art. 1251 No. 1 des code civil bestimmt:

La subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui

Aubry-Rau. Cours de droit civil. Paris 1871. Bd. IV § 321 S. 168ff. bes. 180, 186ff.

Demolombe, Traité des contracts. Paris 1876 Bd. IV S. 394ff.

Larombière, Théorie et practique des obligations. Paris 1885 Bd. IV S. 316ff.

Puchelt, Rheinisch-französiches Privilegien- und Hypothekenrecht. Leipzig 1876 S. 165ff.

[1]) Art. 2095. Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un creancier d'être préféré aux autres créanciers même hypothécaires.

[2]) Art. 2093. Les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers.

étant lui même créancier, paye un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypotheques[1]).

Eintrittsberechtigt ist sonach ein jeder Gläubiger gegen jeden anderen Gläubiger, der ihm vorgeht, also nicht gegen den ihm gleichberechtigten oder nachstehenden. Und zwar muss der Oblat ein besseres Recht haben entweder kraft einer Hypothek oder kraft eines Privilegs. Unter Hypothek versteht der code civil, wie die meisten deutschen Partikularrechte, das dingliche Recht eines Gläubigers, sich für eine Forderung aus einer Liegenschaft Befriedigung zu verschaffen. Die Privilegien sind dagegen gesetzliche Vorzugsrechte, die bestimmten Ansprüchen anhaften. Sie sind teils allgemeiner Natur, d. h. sie erstrecken sich auf sämtliche Güter des Schuldners, auf Immobilien und Mobilien, die gleichmässig zur vorzugsweisen Befriedigung der privilegierten Forderungen herangezogen werden können. Hierher gehören[2]) z. B. die Gerichtskosten, Begräbniskosten, Kosten der letzten Krankheit des Schuldners, Lohn der Bediensteten im letztverflossenen Jahre etc. Die Privilegien sind zum Teil ferner spezieller Natur, d. h. sie beziehen sich nur auf gewisse Vermögensstücke des Schuldners. So steht z. B. an Mobilien ein Vorzugsrecht zu:[3]) der Faustpfandforderung bezüglich des Pfandobjektes: dem rückständigen Kaufgelde für eine bewegliche Sache bezüglich derselben, so lange sie sich noch beim Schuldner befindet: der Forderung wegen der zur Erhaltung eines Gegenstandes aufgewendeten Kosten bezüglich jenes Gegenstandes u. s. w. Auf Immobilien beziehen sich die Privilegien: der Forderung aus einem Kaufvertrage über eine Liegenschaft bezüglich der letzteren, des Darlehns zum Erwerb einer Liegenschaft bezüglich derselben u. s. w.

Nicht zu den privilegierten oder hypothekarischen Gläubigern zählt dagegen derjenige, welchem ein Retentionsrecht oder eine antichretische Nutzung an einer Sache zusteht. —

Ueber die Zeit, in welcher das Eintrittsrecht ausgeübt werden könne, giebt der code civil einschränkende Bestimmungen nicht: es wird daher stets geltend gemacht werden können, sobald seine sonstigen Vorbedingungen vorhanden sind.[4])

[1]) Der Art. lautet im Badischen Landrechte: Kraft Gesetzes tritt in die Rechte des Gläubigers der Gläubiger, welcher einen anderen vorzüglicheren Gläubiger befriedigt.

[2]) Cf. Art. 2101 C. c.

[3]) Art. 2102.

[4]) Art. 2103.

Angeboten werden muss gewöhnlich der volle Betrag der abzulösenden Forderung. Ist aber der Oblat damit einverstanden, so ist eine Teilabfindung zulässig. Nach der allgemeinen Ansicht[1]) soll der abzufindende Gläubiger das Angebot ablehnen dürfen, sobald ihm dasselbe Schaden bringt. Man denkt dabei meist an den Fall, dass die Forderung des Oblaten auf mehreren Objekten generaliter haftet, auf deren einem er selbst, auf deren anderem der Offerent ein nachgehendes Pfandrecht bezw. eine schlechtere Hypothek hat. Oder aber man nimmt an, es stehe dem Oblaten an demselben Objekt eine bessere und eine weniger gute Hypothek zu, während die Forderung des Offerenten zwischen beiden rangiere. In derartigen Fällen soll der Offerent bei Ausübung des ius offerendi nicht nur den Betrag der besseren Forderung anzubieten haben, sondern auch der schlechteren. Als Stützpunkt dieser Ansicht finden wir nur den allgemeinen Grundsatz: „nemo subrogat contra se“ angegeben. Im Gesetz selbst dürfte sie nicht fundiert sein, man müsste denn gerade die für die teilweise Abfindung gegebenen Prinzipien, die gleichfalls eine Subrogation zum Schaden des Oblaten ausschliessen, analog zur Anwendung bringen wollen. Dies scheint aber gewagt; wir zweifeln daher an der Richtigkeit jener Meinung.

Einer Zustimmung des Schuldners zur Geltendmachung des ius offerendi bedarf es nicht. Weigert der Oblat die Annahme, so kann der Ablösende den dargebotenen Betrag nach Massgabe des Art. 1257—1259 deponieren.

Die Wirkung der Ausübung des ius offerendi besteht in dem sich unmittelbar an die Zahlung oder Deposition knüpfenden Eintritt des abfindenden Gläubigers in die Rechtsstellung des Befriedigten, in der subrogation légale. Einer Rechtsabtretung bedarf es hier ebenso wenig wie in Rom. Der Eintritt bezieht sich auf die Forderung des Oblaten und auf die zu ihrer Sicherung dienenden Nebenrechte.

War der abgefundene Gläubiger Inhaber eines seinen Anspruch deckenden Pfandes, so ist dieses dem Offerenten einzuhändigen, ohne dass es die Zustimmung des Verpfänders bedürfte.

War für die subrogierte Forderung ein Bürge gestellt, so kann der Abfinder diesen ebenso wie den Schuldner in Anspruch nehmen, was Art. 1252 ausdrücklich hervorhebt.[2])

---

[1]) Vergl. Zachariae a. a. O. S. 377 Anm. 14. Aubry-Rau a. a. O. S. 191 Anm. 89. Puchelt a. a. O. S. 169.

[2]) A. M. Aubry-Rau a. a. O. S. 181 Anm. 48.

Im Falle teilweiser Befriedigung behält der Oblat wegen der Restforderung den Vorzug vor dem Offerenten (Art 1252). Finden mehrere Gläubiger zu verschiedenen Zeiten denselben hypothekarischen bezw. privilegierten Kreditor anteilsweise ab, so dürfte, wie wir es für das römische Recht angenommen haben, der spätere Offerent dem jeweilig früheren vorgehen. Doch nimmt die herrschende Ansicht in diesem Falle anteilsweise Konkurrenz der subrogierten Gläubiger an.[1]) Für den Fall, dass mehrere Gläubiger gleichzeitig das ius offerendi ausüben, trifft das Gesetz keine Bestimmungen. Es dürften die früher für das römische Recht aufgestellten Sätze analoge Anwendung finden.

VI.

Das ius offerendi im preussischen Rechte.

a) Die Vorschriften des Allgemeinen Landrechts und ihre heutige Geltung.

Der Entwurf des Allgemeinen Gesetzbuches für die Preussischen Staaten, welcher im Jahre 1784 im Druck erschien, enthielt eingehende Bestimmungen über das ius offerendi nicht.

In dem § 29 Teil II Abt. 3 Tit. 19 desselben war vielmehr nur dasjenige festgesetzt, was heut der § 36 A. L. R. I. 20 enthält:

> „Die gerichtliche Veräusserung einer giltig verpfändeten Sache kann von anderen, die darauf ebenfalls ein Recht erlangt haben, nur durch völlige Befriedigung des Pfandgläubigers abgewendet werden."

Sollte diese etwas dunkle Stelle überhaupt das ius offerendi umfassen, so war eine Ausdehnung der Vorschriften nötig. Denn man hatte nicht nur verabsäumt, auf die Art und Weise, in welcher die angedeutete Befriedigung stattzufinden habe, einzugehen, sondern auch nicht einmal erwähnt, ob und wie weit der zahlende Interessent in die Stellung des die Veräusserung betreibenden Gläubigers treten solle.

Diese Mängel blieben nicht unbemerkt. Zu dem citierten Paragraphen lief folgendes Monitum[2]) ein: „Wenn übrigens unter dieser

---

[1]) Vergl. Aubry-Rau a. a. O. S. 192.

[2]) Vergl. hierüber Motive zum bürgerl. Gesetzbuche für die Preussischen Staaten. Tl. II. Berlin 1840 S. 352 ff.

Vorschrift auch das bekannte ius offerendi begriffen ist, so wird sowohl eine nähere Entwicklung desselben als auch die Verfügung, dass der ältere Pfandgläubiger den jüngeren gegen vollständige Befriedigung sein Pfandrecht abtreten müsse, nötig sein."

Von massgebender Seite wurde die Berechtigung der gemachten Ausstellungen anerkannt. Der Geh. Rath Gossler, einer der bei der Abfassung des neuen Landrechts thätigen Juristen, bemerkte am Rande des Monitums:

„Wegen des iuris offerendi könnte festgesetzt werden, dass solches einem jeden, der ein dingliches Recht auf die Sache hat, ingleichen dem Bürgen zustehe,

dass es gleich nach eingetretenem Zahlungstermine stattfinde, der Gläubiger mag auf den gerichtlichen Verkauf antragen oder nicht,

dass auch der Fall des § 28[1]) keine Ausnahme mache."

Auf diese Bemerkung hin wurden bereits in das Allgemeine Gesetzbuch für die Preussischen Staaten, welches im Jahre 1791 im Drucke erschien, die ausführlicheren Vorschriften aufgenommen, welche heute unter der (wie bereits früher bemerkt) zu eng begrenzten Überschrift: „Von dem Eintrittsrechte eines jüngeren Pfandgläubigers oder eines Bürgen," zusammengefasst, die §§ 36 bis 41 A. L. R. I. 20 ausfüllen.

Wie in den übrigen deutschen Partikularrechten, so ist auch im Allgemeinen Landrechte der Zweck des ius offerendi nur mehr der, den zu seiner Ausübung berechtigten Personen die Möglichkeit zu geben, einen ihnen nachteiligen Verkauf des Pfandobjektes durch einen Pfandgläubiger zu hindern. Deutlich heben gleich die ersten Worte der hier interessierenden Paragraphen diese Bestimmung unseres Institutes hervor. Heisst es doch im Anfange des § 36: „Die gerichtliche Veräusserung einer giltig verpfändeten Sache kann von anderen — durch vollständige Befriedigung des Pfandgläubigers abgewendet werden."

Nun ist klar, dass durch einen ungünstigen Verkauf des Objektes nicht nur die Pfandgläubiger geschädigt werden können. Das Gleiche droht vielmehr all denjenigen Personen, die ein Realrecht an der Sache erworben haben, zumal wenn dieses jünger ist als das Pfandrecht des die Veräusserung betreibenden Gläubigers.[2])

[1]) Heute § 34 A. L. R. I. 20.

[2]) Die Motive zum preuss. bürg. Gesetzbuche von 1840 S. 353 erklären sich gegen die Ausdehnung der Eintrittsberechtigung über den Kreis der Pfandgläubiger hinaus auf die anderen Realberechtigten,

Der preussische Gesetzgeber erkannte dies mit scharfem Blicke und er zögerte nicht, vom römischen Rechte abweichend, den Kreis der zur Ausübung des ius offerendi befugten Personen auszudehnen. Er ging hierin nicht so weit, als das französische Recht. Vielmehr räumte er das ius offerendi nur allen denjenigen ein, welchen ein dingliches Recht auf die Sache zusteht, ferner dem Bürgen.

§ 37 A. L. R. I. 20. „Der Pfandgläubiger ist schuldig, einem jeden, der ein dingliches Recht auf die Sache, ingleichen dem, welcher für die Schuld Bürgschaft geleistet hat, gegen eine vollständige Befriedigung sein Pfandrecht abzutreten."

Auf diese Weise ist die Zahl der Eintrittsberechtigten immerhin eine ziemlich grosse geworden; denn bekanntlich hat das Allgemeine Landrecht einer Menge von Rechtsbefugnissen dingliche Kraft beigelegt, die in Rom rein persönlicher, obligatorischer Natur waren.

Im einzelnen werden wir ausser dem Bürgen als zur Geltendmachung des ius offerendi befugt anzusehen haben:

1) Die Pfandgläubiger und zwar ohne Unterschied, an welcher Stelle sie locieren und welches Rangverhältnis sie zu einander einnehmen.

Es kann also der prior dem posterior ebenso gut offerieren, wie dieser jenem.

Dernburg[1]) meint allerdings, dass nach Inkrafttreten des Zwangsvollstreckungsgesetzes vom 13. Juli 1883 den Vorhypothekaren das Eintrittsrecht zu versagen sei, weil deren Rechte nunmehr durch den Verkauf des Grundstücks nicht berührt würden. Dagegen spricht einmal der Grundsatz: cessante ratione legis non cessat lex ipsa. Dann aber stimmt die Begründung Dernburgs auch nicht völlig mit den thatsächlichen Verhältnissen überein. Denn nach dem genannten Gesetz rangiert der Vorhypothekar wegen mehr denn zweijähriger Zinsrückstände nach dem betreibenden Gläubiger. Sein Hypothekenrecht kann also im einzelnen Falle sehr wohl durch den Verkauf des Grundstücks berührt werden.

2) Diejenigen, welchen ein Recht zum Gebrauche oder zur Nutzung der Pfandsache zusteht, vorausgesetzt, dass sie sich im

---

weil das ius offerendi seiner Natur nach gleichartige Forderungen auf beiden Seiten voraussetze. Sowie es den Hypothekengläubigern gegen Servituten und andere Berechtigte, deren Anspruch nicht auf eine Geldsumme gerichtet sei, nicht zustehen könne, so dürfe auch nicht das Umgekehrte der Fall sein. Dass dieser Schluss zwingend ist, wird man nicht zu behaupten vermögen.

[1]) Preussisches Hypothekenrecht Leipz. 1891 II S. 256.

Besitze derselben befinden, denn erst dadurch — bei Liegenschaften auch durch Eintragung in's Grundbuch — erlangt ihr Recht dingliche Wirkung.[1]) Zu diesen Personen zählen z. B. der Mieter, der Pächter, der Niessbraucher, derjenige, welchem eine Sache leihweise überlassen ist.

3) Diejenigen, welchen ein dingliches Vorkaufsrecht auf die Pfandsache gebührt. Früher war die Zahl der Personen, welchen ein solches Recht kraft Gesetzes bereits zustand, eine erhebliche. Es rechneten zu ihnen unter anderen: Die Lehnsobereigentümer, die Erbzinsherren, die Erbverpächter. Das Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 hat aber deren Vorkaufsrechte ebenso wie ihr sog. Obereigentum beseitigt. Sie sind daher auch aus der Reihe der Oblationsberechtigten geschieden. Heutigentags sind die gesetzlichen Vorkaufsrechte ziemlich beschränkt. Sie stehen nur noch zu:

a. dem teilweise Expropiierten hinsichtlich der Teile seines Grundstückes, welche an einen Unternehmer infolge des diesem verliehenen Enteignungsrechtes abgetreten worden waren und als zu den bestimmten Zwecken nicht weiter notwendig veräussert werden sollen;[2])

b. dem Eigentümer eines Grundstückes bezüglich der Flächen, welche von demselben für den Bergbaubetrieb verkauft sind, sobald sie für diesen Zweck entbehrlich werden;[3])

c. den Miteigentümern hinsichtlich der den übrigen Genossen zustehenden Anteile an der gemeinsamen Sache.[4])

Ausser diesen gesetzlichen Vorkaufsrechten können übrigens durch privaten Willen jederzeit derartige Rechte konstituiert werden. Diese erlangen dingliche Wirkung aber nur bei Grundstücken[5]) und nur dann, wenn sie in das Grundbuch eingetragen werden.[6])

Bezüglich des ius offerendi der Miteigentümer ist zu bemerken, dass das A. L. R. selbst einen speziellen Fall der analogen Anwendbarkeit desselben hervorhebt. Sobald nämlich nicht ein ganzes Schiff, sondern nur seitens eines Mitrheders die diesem gehörige Schiffs-

---

[1]) § 2 A. L. R. I 21 bezw. § 4 eod.

[2]) § 57 d. Ges. über die Enteign. vom Grundeigentum vom 11. Juni 1874.

[3]) § 141 Allg. Berggesetz v. 24. Juni 1865.

[4]) § 61 A. L. R. I 17. Ablösungsges. v. 2. März 1850 § 4. Kein Vorkaufsrecht steht aber den Mitgewerken zu. § 104 des Berggesetzes.

[5]) § 572 A. L. R. I. 20.

[6]) § 570 eod. cf. § 12 E. E. G. v. 5. Mai 1872.

part verpfändet worden ist, haben die übrigen Mitglieder die Befugnis, „gegen Bezahlung der Schuld von dem Pfandgläubiger die Abtretung des Pfandes zu fordern.“ [1])

4) Zur Ausübung des ius offerendi dürften ferner berechtigt sein, alle diejenigen, zu deren Gunsten auf einem Grundstück eine Reallast eingetragen ist. Hierher gehören z. B. die Grundrentenberechtigten, die Ausgedinger etc.

5) Nach dem Wortlaute des Gesetzes wird man endlich auch denjenigen Personen das Eintrittsrecht nicht versagen können, welche als Eigentümer eines Grundstücks eine Grundgerechtigkeit auf der verpfändeten Liegenschaft auszuüben befugt sind.[2])

Das Ober-Tribunal hat nun in Bezug auf den § 37 A. L. R. I. 20 folgendes Präjudiz[3]) gefällt:

„Die Verbindlichkeit eines Hypothekengläubigers, sein Hypothekenrecht einem Dritten abzutreten, ist nicht bloss auf den Fall zu beschränken, von welchem der § 37 spricht.“

Es ist nicht wahrscheinlich, dass damit gesagt sein soll, es könne auch noch von anderen Personen als den dinglich berechtigten unser ius offerendi ausgeübt werden. Denn ein Grund zur weiteren Ausdehnung des Institutes etwa auf persönliche Gläubiger dürfte kaum vorhanden sein. Das Präjudiz hat vielmehr wohl nur feststellen wollen, dass im preussischen Rechte auch noch unter anderen Umständen eine zwangsweise Cession der Rechte eines Pfandgläubigers durchgesetzt werden könne.[4])

Dies ist in der That der Fall. Denn nach §§ 49—51 A. L. R. I 16 ist ein Gläubiger verbunden, unter eben den Umständen, unter welchen er vom Schuldner Zahlung annehmen musste, diese auch von jedem Dritten zu acceptieren. Er muss in diesem Falle auch dem Dritten seine Rechte gegen den Schuldner abtreten. Allein dieses Zwangsrecht des Dritten unterscheidet sich erheblich vom ius offerendi dadurch, dass es nicht gegen den Willen des Schuldners wie des abzufindenden Gläubigers ausgeübt zu werden vermag — welch' letztere Eigenschaft, wie wir des öfteren bemerkt

---

[1]) § 328 eod.

[2]) Cf. Schmidt, Lehrbuch des preuss. Rechts. B. I. Breslau 1883 Seite 810.

[3]) Präjudiz 189 b. v. Jahre 1836. Der Rechtsfall, welcher zum Erlass dieser Entscheidung geführt hat, ist unseres Wissens nicht veröffentlicht worden.

[4]) Vergl. auch Koch: Kommentar zum All. Landr. Bd. I zu § 37 l. t. Nr. 64.

haben, das Eintrittsrecht für seinen Zweck erst recht eigentlich brauchbar macht.

Möglich ist übrigens auch, dass das Präjudiz das sog. ius subintrandi im Konkurse im Auge gehabt hat. Über dies Recht bestimmte der § 161 A. G. O. I 50, dass, wenn einem Gläubiger durch die Geldmittel eines Dritten Zahlung geleistet würde, dieses letztere ohne weiteres an die Stelle des befriedigten Kreditors treten solle.[1]) Die Vorschriften des A. G. O. sind modifiziert in die Preussische Konkursordnung vom 8. Mai 1855 übergegangen, wo sie, wie folgt, lauteten:

„Wenn jemand nach der Konkurseröffnung die Forderung eines Gläubigers ganz oder zum Teil befriedigt, so tritt er insoweit von Rechtswegen an dessen Stelle; er erlangt auch ohne Cession das mit der Forderung verbundene Vorrecht, Pfandrecht oder Hypothekenrecht."

Auch dies ius subintrandi deckte sich mit unserem ius offerendi nicht. Denn, abgesehen von anderen Unterschieden, war bei jenem der abzufindende Gläubiger keineswegs gehalten, die ihm von dem Dritten angebotene Zahlung anzunehmen, wie dies beim ius offerendi stets der Fall ist. — —

Hat uns der § 37 A. L. R. I 20 bisher erklärt, wer das Eintrittsrecht auszuüben vermag, so belehrt er uns auch auf der anderen Seite darüber, gegen wen dasselbe geltend gemacht werden kann, indem er sagt:

„Der Pfandgläubiger ist verpflichtet, sein Pfandrecht abzutreten."

Gegen den Pfandgläubiger richtet sich also das ius offerendi und zwar ebensowohl gegen denjenigen, welcher ein Pfandrecht an einer Liegenschaft erworben hat, als gegen denjenigen, welchem eine bewegliche Sache verpfändet worden ist. Dies geht nicht nur daraus hervor, dass das Gesetz den allgemeinen Ausdruck „Pfandgläubiger" hier anwendet, sondern es ergiebt sich insbesondere auch daraus, dass die von unserem Rechtsinstitut sprechenden Paragraphen in den Abschnitt eingereiht sind, welcher vom Pfandrechte im allgemeinen handelt.

Auf dem Gebiete des Mobiliarpfandrechtes wird freilich das ius offerendi zu grosser Bedeutung nicht gelangen und zwar deshalb, weil eine wirksame Verpfändung beweglicher Sachen im all-

[1]) Doch galt dies in Ansehung der Priorität nur insofern, als der Zahlende sich hatte das Pfand einhändigen lassen und bei eingetragenen Posten nur solange, als dieselben auf den Namen des ursprünglichen Gläubigers unverändert stehen blieben.

gemeinen nur durch Besitzübertragung vorgenommen werden kann. Dadurch wird aber die Konstituierung mehrerer Pfandrechte an demselben Objekte sehr erschwert. Möglich bleibt dieselbe jedoch,[1]) und bei der Pfändung von Mobilien im Exekutionsverfahren kommt sie in der Gestalt der Anschlusspfändung sogar häufig vor.[2])

Dagegen bleibt unser Rechtsinstitut von Wichtigkeit für das Immobiliarrecht.

An Grundstücken kann nun ein Pfandrecht nur durch Eintragung im Grundbuche bestellt werden.[3]) Das A. L. R. kannte nur eine Art des Liegenschaftspfandes, die zur Sicherung einer Forderung dienende Hypothek. Neben diese stellt das E. E. G. vom 5. Mai 1872 die Grundschuld — ein Realrecht, welches losgelöst von jeder Forderung zu entstehen und zu bestehen vermag. Es fragt sich, ob auch gegen einen Grundschuldgläubiger das ius offerendi ausgeübt werden kann. Wir möchten die Frage bejahen. Denn ebenso wie der Hypothekar, vermag der Grundschuldgläubiger den Verkauf der ihm verhafteten Liegenschaft zu betreiben, ebenso wie jener ist er daher die übrigen Realberechtigten in ihren Ansprüchen zu gefährden im stande. Ist aber der Zweck des Eintrittsrechtes nach A. L. R. gerade der, diesen letzteren als Sicherungsmittel gegen einen solchen Verkauf zu dienen, so trifft dieser Zweck gegenüber dem Grundschuldgläubiger zweifellos ebenso zu, wie gegenüber dem Hypothekar, und wir werden daher auch gegen ihn das ius offerendi zuzulassen haben.[4])

Für diese Entscheidung können wir uns auf ein Erkenntnis des Reichsgerichts[5]) berufen, welches, wie wir meinen, völlig zutreffend darlegt, dass der Ausdruck „Pfandgläubiger", welcher im § 37 gebraucht, alle diejenigen Kreditoren mit umfasse, welche wie ein Pfandgläubiger sich durch die Veräusserung des Grundstückes zu befriedigen im stande sind, — bei welchen also die aus § 36 eod. ersichtliche ratio legis jetzt ebenso zuträfe, wie bei dem „Pfandgläubiger" des A. L. R.

[1]) Cf. Dernburg, Preussisches Privatrecht Bd. I S. 918. Rehbein. Entscheidungen des Obertribunds. Berlin 1888 Bd III S. 453 Anm. Dagegen Förster-Eccius. Theorie und Praxis des preuss. Privatrechts. Aufl. V Bd. III S. 498.

[2]) C. P. O. § 727.

[3]) § 18. E. E. G.

[4]) A. M. ohne Begründung Achilles, die preussischen Gesetze über das Grundeigentum etc. 1881 S. 266.

[5]) Entsch. in Civilsachen Bd. XII S. 262ff.

Das Reichsgericht hat unter dieser Begründung in der angeführten Entscheidung keinen Anstand genommen, das ius offerendi auch gegen denjenigen persönlichen Gläubiger zuzulassen, welcher ein Grundstück zum Zwecke der Zwangsversteigerung hat in Beschlag nehmen lassen, — wiewohl in dem hier in Betracht kommenden Gesetze von 13. Juli 1883 über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen nirgends gesagt ist, dass ein solcher Gläubiger ein Pfandrecht am Grundstücke erwerbe.

Wohl aber erwirbt ein Pfandrecht an den mit Beschlag belegten Vermögenstücken des Schuldners derjenige, welcher einen Arrest gegen denselben ausgebracht hat,[1]) desgleichen ein Pfandrecht an den Einkünften eines Gutes derjenige, für welchen dasselbe zum Zwecke der Zwangsverwaltung mit Beschlag[2]) belegt worden ist.

Gegen diese Gläubiger wird sich daher das ius offerendi gleichfalls richten.

Was nun den Umfang des ins offerendi anlangt, so schreibt der § 37 l. c. eine „vollständige Befriedigung" des Oblaten vor. Bezahlt muss also — wie in Rom — alles das werden, was der Gläubiger auf Grund seines Pfandrechtes vom Schuldner hätte verlangen können. Neben dem Kapital sind die Zinsen zu entrichten und zwar beim Liegenschaftspfande auch diejenigen, welche seit mehr denn 2 Jahren rückständig sind, wiewohl diese nicht mehr den Rang der Hauptforderung teilen, wenn die Zwangsversteigerung des Grundstücks in Frage kommt.[3]) Ist der gerichtliche Verkauf der Pfandsache bereits eingeleitet, so müssen auch die dadurch entstandenen Kosten vom Offerenten beglichen werden. Dies bestimmt § 40 l. c. ausdrücklich. Bei Hypotheken und Grundschulden sind ausserdem die Kosten der Eintragung, der Kündigung, der Klage,[4]) beim Besitzpfande auch die zur Erhaltung des Objektes notwendig oder nützlich verwendeten Auslagen zu erstatten.[5])

Die Zeit, in welcher das ius offerendi geltend gemacht werden kann, ist, wie in den meisten Partikularrechten, beschränkter als in Rom. Das A. L. R. gestattet die Ausübung des Eintrittsrechtes erst von dem Augenblick ab, wo die Forderung des Oblaten fällig wird. Dies bestimmt § 39 l. c., wo es heisst: „Doch ist er (sc. der zu befriedigende Pfandgläubiger) zur Annahme der Zahlung und

---

[1]) Cf § 810 C.-P.-O. und 709 eod.

[2]) § 143 Zwangsvollstreckungsges. v. 13. Juli 1883.

[3]) § 35 Zwangsvollstreckungsges. v. 13. Juli 1883.

[4]) § 30 E. E. G. vom 5. Mai 1872.

[5]) § 166 A. L. R. I. 20.

zur Abtretung seines Pfandrechtes erst nach abgelaufenem Zahlungstermine verbunden."

Dem Offerenten steht also nicht etwa, wie wir dies für das römische Recht annahmen, die Befugnis zur Kündigung des Kapitals zu. Auf der anderen Seite wird aber nicht verlangt, dass der Oblat seine Forderung eingeklagt oder, dass er ihretwegen den Verkauf der Pfandsache beantragt habe. Dies ergiebt sich nicht nur aus den soeben zitierten Gesetzesworten, sondern auch aus dem § 40 l. c., der im Anschluss an jene sagt:

„Dagegen kann er beides selbst alsdann, wenn der gerichtliche Verkauf nachgesucht worden, nicht weigern."

Die Worte „selbst aldann" weisen deutlich darauf hin, dass schon vor der Beantragung des gerichtlichen Verkaufes das ius offerendi geltend gemacht werden kann.

Die Pflicht des Oblaten, das Angebot zu acceptieren, hebt das A. L. R. auf das nachdrücklichste hervor. „Der Pfandgläubiger ist zur Annahme verbunden," sagt § 40 l. c., und der diesem vorangehende Paragraph betont sogar, dass der Oblat Annahme der Offerte und Abtretung seines Pfandrechtes auch nicht unter Berufung auf ein mit dem Schuldner nach eingetretenem Verfalltage getroffenes Abkommen dahin gehend, dass ihm die Sache zu bestimmtem Werte überlassen werden solle, weigern dürfe.

Von dieser letzteren Bestimmung sagt Koch[1]), es sei ihr Eingreifen in die übrigen Vorschriften vom Eintrittsrechte wie der Mangel eines Bedürfnisses derselben schwerlich erwogen. Denn ein Vertrag, nach welchem die Pfandsache dem Gläubiger zu bestimmtem Werte unter Anrechnung der Forderung auf den Preis überlassen werden sollte, gefährde keinen der übrigen an der Sache dinglich Berechtigten. Blieben doch ihre Rechte auch nach der Ueberlassung völlig unverändert bestehen. Ein Grund, ihnen auch in solcher Lage das ius offerendi zuzusprechen, sei nicht vorhanden. — Der Ansicht Kochs wird man insofern beitreten können, als der Zweck des Institutes im Landrecht jene Vorschrift nicht unbedingt nötig machte. Ihr Erlass scheint uns vom Standpunkt des Gesetzgebers aus aber erklärlich. Der letztere setzte fest, dass das ius offerendi von dem Augenblicke an ausgeübt werden könne, wo die Forderung des Oblaten fällig sei. Von diesem Momente an sollte das Eintrittsrecht seinem Wesen entsprechend schlechterdings zwingend gegen den abzufindenden Gläubiger wie Schuldner wirken. Die Konsequenz hiervon war,

[1]) Kommentar II zu § 38 A. L. R. I. 20.

dass irgendwelche Abmachungen zwischen jenen Personen die Ausübung des ius offerendi nicht hindern durften. Diesen Gedanken wollte der preussische Gesetzgeber in schärfster Weise zur Durchführung bringen. Daher traf er über das Mass des Notwendigen hinausgehend die von Koch so hart kritisierte Bestimmung.

Erheblich verschieden vom römischen Rechte normiert das A. L. R. die Wirkungen des ius offerendi.

Der Offerent tritt nicht unmittelbar durch ordnungsmässige Ausübung des Eintrittsrechtes an die Stelle des Oblaten, wie in Rom.

Vielmehr erwächst ihm aus der Oblation nur ein Anspruch gegen den abzufindenden Gläubiger auf Abtretung des diesem zustehenden Pfandrechtes.[1])

Dieser Anspruch muss im Klagewege verfolgt werden, sobald der Oblat ihm nicht freiwillig Genüge leistet.

Das Landrecht sagt nun, es sei der Pfandgläubiger verpflichtet, gegen vollständige Befriedigung sein Pfandrecht dem Realinteressenten abzutreten.

Es entsteht die Frage, ob thatsächlich hier wie in Rom nur eine Uebertragung des dinglichen Rechtes stattfinde, oder ob mit diesem zugleich auch die demselben zu Grunde liegende persönliche Forderung auf den Offerenten übergehe und cediert werden müsse.

Die Entscheidung der Frage wird eine einheitliche für alle Fälle der Geltendmachung des Eintrittsrechtes nicht sein können.

Einfach liegen die Verhältnisse, wenn dem abzufindenden Gläubiger eine Hypothek im technischen Sinne zusteht. Durch die Oblation wird er zu deren Abtretung verbunden. Eine Hypothek kann aber wenigstens nach jetzt geltendem Rechte nicht ohne die persönliche Forderung abgetreten werden.[2]) Daher erwirbt der Offerent mit jener auch das ihr zu Grunde liegende persönliche Recht und dadurch wiederum alle demselben zur Sicherung bestellten Nebenrechte, Bürgschaften, Pfänder u. s. w., kurz er tritt ganz und voll in die Rechtsstellung des dimittierten Gläubigers ein.

Mehr Schwierigkeiten entstehen dagegen, sobald es sich um eine abzulösende Grundschuld handelt.

Ueberträgt der Oblat diese seiner Verpflichtung gemäss an den Offerenten, so geht die bis dahin etwa bestehende obligatio perso-

---

[1]) Cf. § 37. 39. A. L. R. I. 20.

[2]) § 52 E. E. G. v. 5. Mai 1872.

nalis unter.[1]) Mit ihr erlöschen also auch alle Bürgschaften, Nebenpfänder, welche sie sicherten.

Nehmen wir nun an, die Grundschuld laste ungeteilt auf mehreren Liegenschaften — der Offerent aber habe ein dingliches Recht nur an einer derselben.

Kann er in diesem Falle die Abtretung der Korrealgrundschuld als solcher verlangen, oder ist er dies nur insoweit zu thun berechtigt, als dieselbe auf dem ihm allein verhafteten Grundstücke ruht? Man könnte für die letztere Ansicht anführen, dass der Offerent ja nur insoweit durch die Grundschuld gefährdet werde, als sie sich auf die ihm verpflichtete Liegenschaft beziehe, und daraus liesse sich schliessen, dass er auch nur insoweit die Ueberlassung jener zu fordern befugt sei. Wir glauben aber nicht, dass dies richtig wäre.

Durch die Oblation erwächst dem Interessenten ein Anspruch auf Abtretung des „Pfandrechts", welches dem abzufindenden Gläubiger zusteht. Er kann daher die Uebertragung jenes Rechtes in der Gestalt verlangen, wie es jenem gebührte. Nun ist die Korrealgrundschuld etwas Einheitliches, Ungeteiltes und in dieser Form muss sie demgemäss auch cediert werden. Dass die persönliche Forderung, welche dem dinglichen Rechte zu Grunde lag, nicht mehr weiter existiert, kann hier nicht von Erheblichkeit sein. Denn die Grundschuld ist gänzlich unabhängig in ihrem Entstehen wie in ihrem Bestehen von einer solchen Obligation.

Am meisten zweifelhaft erscheint endlich, ob der Oblat, sobald ihm ein Pfandrecht an beweglichen Sachen, ein Faustpfand zusteht, nur dieses zu cedieren gehalten ist, oder auch den durch dasselbe gedeckten persönlichen Anspruch.

Für das erstere spricht augenscheinlich der Wortlaut des Gesetzes.

Allein wäre er entscheidend, dann müsste das Landrecht die accessorische Natur des Pfandrechtes hier wenigstens gänzlich ausser Acht gelassen haben. Das letztere müsste nach seiner Abtretung ganz ohne persönliche Forderung weiter existieren. Denn für die Annahme, dass der Offerent etwa als negotiorum gestor des Schuldners zu betrachten sei, dass bei ihm sich vielleicht das Pfandrecht des creditor dimissus mit einem Anspruche aus unbeauftragter Geschäftsführung verbinde, bieten die einschlägigen Bestimmungen des Landrechts nicht den geringsten Anhalt. Nun hält aber gerade das A. L. R. an der accessorischen Natur des Pfandrechts fest. Dieses

[1]) § 52 E. E. G.

ist ihm ein dingliches Recht, welches jemandem auf eine fremde Sache zur Sicherung seiner Forderung eingeräumt wird,[1]) und welches untergeht, sobald der versicherte Anspruch getilgt oder erloschen ist.[2])

Daraus wird man zu entnehmen haben, dass der Gesetzgeber dem Gläubiger bei Ausübung des ius offerendi durch einen Realinteressenten nicht nur den Zwang zur Abtretung seines dinglichen, sondern auch die Pflicht zur Cession seines persönlichen Rechts habe auferlegen wollen.

Das wird um so wahrscheinlicher, als zur Zeit der Emanation des Landrechts für das römische Recht, aus welchem unser Institut herübergenommen wurde, allgemein anerkannt war, dass die Geltendmachung des ius offerendi den Eintritt in das gesamte Rechtsverhältnis des dimittierten Gläubigers zur Folge habe.

Unerörtert und unentschieden ist im Landrechte die Frage geblieben, welche Wirkung die Rechtsabtretung auf die Verpflichtungen hervorbringe, die auf Grund des Pfandvertrages dem ursprünglichen Gläubiger gegenüber dem Schuldner erwachsen waren.

Solche Verpflichtungen kommen namentlich beim Faustpfande vor, z. B. die Restitutionspflicht,[3]) die Haftung für grobes und mässiges Versehen[4]) bei Behandlung und Aufbewahrung der Pfandsache. — Dass diese Verpflichtungen von der Zeit ab, wo die Cession der Rechte erfolgt ist, dem Offerenten obliegen, kann nicht zweifelhaft sein. Denn nach § 402 A. L. R. I 11 tritt der neue Inhaber durch die Cession in alle abgetretenen Rechte, aber auch in alle damit verbundenen Pflichten des Cedenten. Fraglich ist dagegen, ob der Letztere durch die Cession von jenen Pflichten befreit ist.

Das Reichsgericht[5]) hat für den Fall der freiwilligen Abzahlung des Pfandgläubigers durch einen Dritten[6]) dies schlechthin verneint und dabei ausgesprochen, dass grundsätzlich der Berechtigte sich ohne seine Zustimmung die Substituierung eines anderen Verpflichteten nicht gefallen zu lassen braucht.

Die gleiche Ansicht für den Fall der Ausübung des ius offe-

---

[1]) § 1. A. L. R. I 20.

[2]) § 55 eod.

[3]) § 180 A. L. R. I 20.

[4]) § 121 eod.

[5]) Entscheidungen in Civilsachen, Bd. 7 S. 194 ff. Vergl. auch Rehbein, Entscheidungen des Obertribunals Bd III S. 451 Anm.

[6]) § 46, 50. A. R. L. I. 16.

rendi zu adoptieren, dürfte nicht angängig sein. Hier ist der Gläubiger unter allen Umständen gehalten, ein ihm mit seiner Forderung befriedigendes Angebot seitens eines Oblationsberechtigten anzunehmen und seine Rechte dagegen abzutreten.

Er kann nicht etwa verlangen, dass der Schuldner zu der Cession seine Einwilligung giebt und ihn damit zugleich aller seiner Pflichten entbindet. Wollte man nun den ursprünglichen Gläubiger auch hier nach wie vor dem Schuldner gegenüber als verpflichtet ansehen, weil dieser ja seine Zustimmung zur Cession thatsächlich nicht gegeben hat, so würde man den Kreditor in eine äusserst unsichere Lage bringen. Es könnte z. B. der Fall eintreten, dass er vom Verpfänder auf Rückgabe des Pfandobjektes belangt würde, obwohl er dieses längst dem Gesetze gemäss an den Interessenten übertragen hatte.

Man wird daher anzunehmen haben, dass der Successor nunmehr allein für die Pflichten des Pfandgläubigers aufzukommen hat, soweit sie ihm durch Gesetz oder durch den Vertrag, der auch ihn bindet, auferlegt sind.

Unbeantwortet hat das A. L. R. auch die Frage gelassen, was Rechtens sein soll, wenn mehrere Eintrittsberechtigte das ius offerendi gleichzeitig ausüben. Die Entscheidung bietet hier mehr Schwierigkeiten wie im römischen Rechte. Denn in Rom ging schlechterdings derjenige vor, welcher zuerst gezahlt oder deponiert hatte, weil hierdurch unmittelbar die successio in locum dimissi creditoris bewirkt wurde. Eine Kollision der Offerenten ergab sich daher nur in dem Falle, wenn wirklich beide im selben Augenblick abgefunden hatten. Anders nach Landrechte. Hier wird durch die Befriedigung des Pfandgläubigers ebensowohl wie durch das demselben gemachte Angebot nur ein Anspruch auf Rechtsübertragung erwirkt. Es können also zwei Angebote zu verschiedener Zeit erfolgen; es kann auch einer der Offerenten wirklich zahlen, so wird dadurch an sich eine entscheidende Rechtsveränderung, die das eine oder das andere Angebot unwirksam machte, nicht erzielt; dies wird vielmehr erst dann der Fall sein, wenn einem der Offerenten die Cession erteilt worden ist. Auf diese letztere aber hat prinzipiell jeder der Offerenten gleichen Anspruch.

Immerhin glauben wir die oben für das römische Recht aufgestellten Sätze analog zur Anwendung bringen zu sollen, so dass wir also hier die Priorität der Zahlung bezw. der Klage auf Cession gegen Zahlung entscheiden lassen würden, womit wohl im allgemeinen alle Schwierigkeiten sich lösen dürften.

Das allgemeine Landrecht schweigt endlich auch darüber, ob der Gläubiger Teilzahlungen annehmen muss und ob er, wenn dies der Fall sein sollte, mit seiner Restforderung den Vorrang vor dem an den Offerenten abgetretenen Forderungsteil beanspruchen kann.

Es ist hier darauf hinzuweisen, dass der Gläubiger in der Regel Teilzahlungen nicht zu acceptieren gehalten ist, da das Gesetz ja seine „vollständige" Befriedigung vorschreibt. Doch kann immerhin ein Zwang zur Annahme von partieller Zahlung eintreten, z. B. dann, wenn die Pfandforderung ratenweise fällig wird, wie dies heutzutage häufig, namentlich bei Kauf- oder Baugelderhypotheken der Fall ist. Auch hier dürften die römischen Sätze entsprechend anzuwenden sein. Der Offerent wird also dem Oblaten bezüglich der Restforderung den Vorrang belassen müssen. —

In der vorstehend wiedergegebenen Gestalt ist das ius offerendi im preussischen Rechte bis auf den heutigen Tag in Geltung.

Die Gesetzrevision, welche in den dreissiger Jahren unseres Säkulums eine Umgestaltung des Privatrechts in Angriff nahm, hat bekanntlich praktische Folgen nicht gehabt. Nur der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für die preussischen Staaten[1]) verdankt ihr seine Entstehung. In diesem Entwurfe ist unser Institut eingehender berücksichtigt worden. Der Vollständigkeit halber mögen die Bestimmungen desselben hier Platz finden:

§ 1024. Sobald ein Pfandgläubiger die Veräusserung des Pfandes in Antrag gebracht hat, ist er schuldig, von jedem anderen Pfandgläubiger seine vollständige Befriedigung an Kapital, Zinsen und Kosten anzunehmen und kann sich diesem durch ein mit dem Schuldner getroffenes Abkommen nicht entziehen.

§ 1025. Der Zahlende tritt durch die Zahlung an die Stelle des befriedigten Gläubigers, sowohl in Betreff der persönlichen als der dinglichen Rechte desselben, ohne dass es einer förmlichen Cession bedarf, zu deren Erteilung jedoch letzterer auf Verlangen und Kosten des Zahlenden verpflichtet ist.

§ 1026. Durch die Ausübung des Eintrittsrechts wird ebensowenig an der eigenen Forderung des Gläubigers, der das Eintrittsrecht ausübt, als an der abgetretenen Forderung im Verhältnisse zu dem Schuldner und den übrigen Pfandgläubigern etwas geändert.

§ 1027. Unter mehreren Pfandgläubigern, welche das Eintrittsrecht ausüben, hat der ältere den Vorzug. — —

[1]) Berlin 1839 und 1840.

Eine Neuordnung des Immobilienpfandrechtes in Preussen wurde nun durch das Gesetz vom 5. Mai 1872 über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke etc., welches am 1. Oktober 1872 in Kraft trat, getroffen.

Dieses Gesetz erwähnt unser Rechtsinstitut nicht. Es fragt sich daher, ob infolge dessen das ius offerendi für das Gebiet des Liegenschaftspfandes überhaupt beseitigt ist.

In dieser Beziehung bemerken die Motive des Gesetzes:[1])

„In dem vorliegenden Gesetzentwurfe geschieht des Eintrittsrechts (ius offerendi) und des Vorbehalts der Verwirkung (lex commissoria) keine Erwähnung. Beide Rechtsinstitute sind dadurch abgeschafft. Das Eintrittsrecht ist schon im System des allgemeinen Landrechts ziemlich bedeutungslos, da auch der spätere Hypothekengläubiger das Grundstück zum Verkauf bringen kann und überdies der Gläubiger von jedem Dritten Zahlung annehmen muss.

Es wird völlig bedeutungslos, wenn der Gläubiger, wie in diesem Gesetze vorgeschlagen ist, nach erhaltener Befriedigung dem Eigentümer gegenüber verpflichtet ist, dem zahlenden Dritten Cession zu erteilen. (§ 63 E. E. G.) Dadurch wird leicht erreicht, dass nachcingetragene Gläubiger eine vorstehende Hypothek erwerben können."

Einer eingehenden Erörterung über die Bedeutung, welche dem ius offerendi im allgemeinen Landrecht zukommt, bedarf es den eben citierten Ausführungen der Motive gegenüber an dieser Stelle wohl nicht mehr. Wir haben oben gesehen, dass der Zweck des Institutes nach Landrecht nur mehr der ist, einen ungünstigen Verkauf der Pfandsache von den Interessenten abzuwenden. Wir haben früher schon hervorgehoben, wie nach dem Zwecke auch die Wichtigkeit des ius offerendi sich bemisst, wie zur Erreichung jenes Zweckes aber unbedingt nötig ist, dass das ius offerendi unabhängig von der Zustimmung des abzufindenden Gläubigers wie des Pfandschuldners ausgeübt werden könne. Diesen letzteren Umstand namentlich übersehen die soeben erwähnten Motive, wenn sie behaupten, unser Rechtsinstitut sei durch den § 63 des E. E. G. völlig ersetzt. Denn jener Paragraph bestimmt nur, dass, wenn eine Hypothek oder Grundschuld von dem Eigentümer bezahlt oder auf andere Weise getilgt worden ist, der bisherige Gläubiger nach der Wahl des Eigentümers verpflichtet sein soll, — die Post ohne Gewährleistung abzutreten.

[1]) Vergl. Werner, Materialien zu den Gesetzen v. 5. Mai 1872. Berlin 1872. Bd. II S. 29 Nr. X.

Somit würde auch hier der Realinteressent, welcher, um einen drohenden Verkauf abzuwenden, den betreibenden Gläubiger bezahlt, genötigt sein, sich der Vermittelung des Eigentümers zu bedienen, um in die Rechte des creditor dimissus einzutreten. Denn nur dem Eigentümer gegenüber ist jener zur Cession verpflichtet. Damit aber wäre dem ius offerendi die Eigenschaft genommen, welche seine prompte und zweckentsprechende Handhabung recht eigentlich möglich macht.

Somit sprechen die von den Motiven angeführten Gründe nicht für die Ueberflüssigkeit des ius offerendi im Rahmen des Eigentumserwerbs-Gesetzes. Ganz abgesehen davon aber wird man auch aus formellen Gründen nicht eine Aufhebung des landrechtlichen Eintrittsrechtes für das Gebiet des Immobiliarpfandrechtes als durch jenes Gesetz hervorgebracht ansehen können.

Denn in Kraft geblieben sind neben demselben alle diejenigen Sätze des Landrechtes, welche jenem Gesetze nicht direkt widersprechen. Dass dies bei den Bestimmungen des ius offerendi der Fall sei, wird niemand behaupten wollen. Deshalb müssen diese als noch in Kraft befindlich erachtet werden.[1]) Darauf, dass die Motive sie für aufgehoben erklären, kann nichts ankommen; denn nicht das ist bindend, was in jenen sich befindet, sondern nur dasjenige, was aus dem Gesetze selbst sich ergiebt.

b. Das ius offerendi nach § 205 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.[2])

Der Entwurf des Gesetzes betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen enthielt irgend welche Bestimmungen über das ius offerendi nicht. In den Beratungen, welchen derselbe in den beiden Häusern des Landtages unterzogen wurde, wies man

[1]) So die herrschende Ansicht. Cf Achilles a. a O. S. 267. Bahlmann, das Preussische Grundbuchrecht S. 180. Einl. S. 10. Förster-Eccius Bd. III S. 501 Koch, Kommentar Bd. II zu § 36 I. 20 Nr. 63. R.G. in Entscheidungen Bd. XII S. 260. A. M. Schmidt, Preuss. Privatr. I S. 81.

[2]) Hierüber sind besonders zu vergleichen: Stegemann: Die Materialien zum Gesetze vom 13. Juli 1883. Berlin 1883. Jäckel: Die Zwangsvollstreckung in Immobilien. Berlin 1885. Krech-Fischer: Das Gesetz betr. die Zwangsvollstr. in das unbewegl. Vermögen. Berlin 1886. Kurlbaum: Neue Grundsätze der Zwangsversteigerung. 1884. Rudorff: Die Zwangsvollstr. in das unbewegl. Vermögen. Berlin 1883.

aber darauf hin, dass im Rahmen des projektierten Gesetzes infolge der von diesem adoptierten neuen Grundsätze betreffend die Zwangsversteigerung unser Rechtsinstitut unbedingt zu Gunsten gewisser Nachhypothekare seinen Platz finden müsse.

Bis zum Erlass des in Rede stehenden Gesetzes war schlechthin jeder Hypothekengläubiger im stande, nicht nur die Subhastation des ihm verhafteten Grundstücks zu beantragen, sondern er vermochte auch den Zwangsverkauf vollständig durchzusetzen, gleichgiltig, ob Gebote abgegeben wurden, die seine Forderung resp. die ihm vorgehenden Ansprüche deckten oder nicht. Der Kaufpreis wurde bar ausbezahlt. Der Ersteher erwarb die Liegenschaften frei von Hypotheken und Grundschulden.[1])

In dieser Beziehung trifft das neue Gesetz einschneidende Aenderungen. Es bestimmt, dass der Betrag aller der Forderung des betreibenden Gläubigers vorgehenden Realrechte von seiten des Vollstreckungsgerichts zusammengerechnet und sodann als „geringstes Gebot" unter die Kaufbedingungen aufgenommen werden soll.[2]) Bei der Versteigerung selbst sind Gebote, welche das „geringste" nicht erreichen, unzulässig.[3]) Werden höhere Gebote abgegeben, so sind die in dem geringsten Gebote berücksichtigten Zinsen, laufenden und rückständigen Hebungen, Kosten, sowie der dieses Gebot übersteigende Betrag bar zu zahlen, die übrigen in dasselbe aufgenommenen Realansprüche dagegen auf den Kaufpreis vom Ersteher zu übernehmen.[4]) Daher kann ohne Befriedigung bezw. Uebernahme der dem Anspruche des betreibenden Gläubigers vorgehenden Rechte ein Zwangsverkauf des Grundstücks nicht stattfinden.[5])

Bereits in Herrenhause wurde nun von verschiedenen Seiten[6]) darauf hingewiesen, dass infolge dieser neuen Prinzipien den Nachhypothekaren bei Realisierung ihrer Rechte die erheblichsten Schwierigkeiten erwachsen würden. Man betonte besonders den Fall, dass der Forderung des betreibenden Gläubigers eine auf mehreren Grundstücken ungeteilt haftende Hypothek vorginge. Diese letztere sei nach dem Gesetze in vollem Umfange in das geringste Gebot einzurechnen; es könne daher sehr leicht eintreten, dass der Ver-

---

[1]) § 47 des E. E. G. vom 5. Mai 1872.
[2]) § 54 des Ges. vom 13. Juli 1883.
[3]) § 61 ebenda.
[4]) § 57 eod.
[5]) § 22 eod.
[6]) Von den Abg. Lindemann, Struckmann, Dr. Dernburg (Stegemann S. 183, 192, 199).

kauf vollständig unmöglich gemacht werde, weil der Wert des Grundstücks nicht den Betrag der Korrealhypothek erreiche und aus diesem Grunde ein zulässiges Gebot nicht abgegeben werde.

Um hier Abhilfe zu schaffen, griff das Herrenhausmitglied Struckmann auf das ius offerendi zurück und brachte zu dem § 22 des projektierten Gesetzes folgenden Zusatz in Antrag:

„Ist bei Feststellung des geringsten Gebotes eine Forderung, welche auf mehreren Grundstücken ungeteilt haftet, berücksichtigt worden, und ist ein zulässiges Gebot nicht abgegeben worden, so ist der betreibende Gläubiger berechtigt, die Abtretung der ersteren Forderung gegen vollständige Berichtigung zu verlangen."

Dieser Bestimmung beantragte Dr. Dernburg ergänzend hinzuzufügen:

„Ist die Forderung nicht fällig, so kann das Recht nur mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten unter Verpflichtung des Kündigenden zur Zahlung ausgeübt werden."

Beide Anträge wurden im Herrenhause angenommen und auch die Kommission des Abgeordnetenhauses billigte dieselben in erster Lesung[1]).

Allein bei der weiteren Beratung des Entwurfes machten sich schon innerhalb der Kommission Bedenken gegen die zu weite Fassung jener Bestimmungen geltend. Denn nach ihnen sollte schlechthin jedem betreibenden Gläubiger das ius offerendi gegen die vorgehende Korrealhypothek gegeben werden, sobald letztere bei Feststellung des geringsten Gebotes berücksichtigt und dadurch die Unverkäuflichkeit des Grundstücks herbeigeführt worden war.

Thatsächlich aber wurde infolge der neuen Grundsätze nicht die Lage eines jeden Nachhypothekars, dem eine Korrealhypothek vorging, eine schlechtere, als sie unter den bisherigen Gesetzen gewesen war. Es war vielmehr ein Unterschied zu machen zwischen demjenigen der Korrealhypothek nachstehenden Exequenten, welchem nur das zu subhastierende Grundstück haftet, und demjenigen, welchem äusser diesem auch noch alle oder mehrere der Grundstücke verpfändet sind, auf denen auch die Korrealvorhypothek ruht.

Fasst man zunächst den Fall in's Auge, dass dem betreibenden Gläubiger für seine Forderung nur auf dem zu versteigernden Grundstück eine Hypothek bestellt ist, so vermochte nach früherem Rechte der Vorkorrealhypothekar, sobald der Verkauf stattgefunden hatte, sich aus dem Erlöse für den Gesamtumfang seiner For-

[1]) Vergl. den Bericht der Kommission zu § 22 (Stegemann S. 373 ff.).

derung vor dem exequierenden Nachmanne zu befriedigen. Der betreibende Gläubiger erhielt also auch früher gar nichts, sobald der Kaufpreis den Betrag der Vorkorrealhypothek nicht deckte — er bekam nie mehr als die Summe, welche jene Hypothek überstieg.

Nach dem neuen Gesetze wird nun die Vorkorrealhypothek ganz in das geringste Gebot aufgenommen. Wird weniger geboten als dieses, so dringt der betreibende Gläubiger mit seinem Anspruche nicht durch, da ein Verkauf nicht eintreten kann. Aber in diesem Falle hätte er auch früher nichts erhalten — da der Vormann ja den Erlös ganz für sich nahm. Wird mehr geboten, so bekommt er, ebenso wie früher, den das geringste Gebot, d. h. die Vorhypothek übersteigenden Teil des Kaufpreises.

Ungünstiger gestaltet sich dagegen die Lage des nachstehenden Gläubigers, sobald seine Forderung ungeteilt auf mehreren der Grundstücke eingetragen ist, welche auch für die Vorhypothek korrealiter haften.

Nehmen wir folgendes Sachverhältnis an:

Die Grundstücke A, welches 10 000, und B, welches gleichfalls 10 000 wert ist, sind dem primus an erster Stelle für 10 000 dem secundus an zweiter für 5000 korrealiter verpfändet. Secundus bringt zunächst das Grundstück A. zur Subhastion. Es wird ein dem wahren Werte desselben entsprechendes Gebot in Höhe von 10 000 abgegeben.

Nach früherem Rechte nahm nun primus diese Summe für sich in Anspruch. Da dieselbe aber bar gezahlt werden musste, so war er mit seiner Pfandforderung überhaupt befriedigt. Die Korrealhypothek wurde daher nicht nur auf dem Grundstücke A., sondern auch auf B. gelöscht.[1]) Auf dem letzteren rückte secundus mit seinem Anspruche an die erste Stelle und vermochte nunmehr durch eine Subhastation dieser Liegenschaft sein Recht vollständig zu realisieren.

Nach dem neuen Gesetze dagegen muss im gleichen Falle die Hypothek des primus — die im geringsten Gebote enthalten ist — bei der Versteigerung des Grundstücks A. von dem Ersteher übernommen werden. Diese Uebernahme stellt eine Befriedigung des primus nicht dar.[2]) Es haftet somit die Vorkorrealhypothek auf dem

[1]) Vergl. § 42 E. E. G. vom 5. 5. 1872.

[2]) § 125 d. Gesetzes v. 13 Juli 1883, der dem anscheinend widerspricht, hat nur solche Korrealhypotheken im Auge, die in Anrechnung auf den bar zu zahlenden Kaufpreis unter Zustimmung des betreffenden Gläubigers übernommen sind.

Immobile B. weiter, und secundus, der bei der Versteigerung von A. nichts erhielt, wird auch durch die darauffolgende Subhastation von B. nichts erreichen. Denn betreibt er diese letztere nunmehr, so tritt seiner Befriedigung die Vorhypothek, die ja wiederum zum vollen Betrage bei Festsetzung des geringsten Gebotes berücksichtigt wird, ebenso hinderlich in den Weg, als dies bei der Veräusserung von A. der Fall war.

So kann es sich ereignen, dass ein derartiger Nachhypothekar ausser Stand gesetzt wird, die Befriedigung aus den ihm verhafteten Grundstücken zu erlangen, obwohl dieselben zusammen sowohl seine Hypothek als die des Vormannes vollauf zu decken vermöchten.

Nun fällt allerdings diese Schwierigkeit fort, sobald der Nachhypothekar die mehreren Grundstücke in einem Verfahren zur Subhastation bringt. Denn dann wird die Vorkorrealhypothek nur einmal in das geringste Gebot eingerechnet. Allein zunächst fragt sich, ob der Gläubiger in solchem Falle überhaupt einen Käufer für die verschiedenen Grundstücke findet. Das wird namentlich zweifelhaft werden, wenn diese in ganz verschiedenen Orten liegen. Zudem ist das Verfahren auch mit erheblichen Umständen verknüpft, wenn sich die Grundstücke in verschiedenen Gerichtsbezirken befinden.[1]) Es wird ein solches Verfahren endlich unmöglich, sobald die einzelnen Liegenschaften nicht nur zu verschiedenen Bezirken gehören, sondern auch im Eigentum verschiedener Personen stehen. Denn in diesem Falle kann ein gemeinsames Vollstreckungsgericht nicht bestellt werden, weil derselbe von der Civilprozessordnung nicht vorgesehen ist.

Erwägungen derartiger Natur bestimmten die Kommission des Abgeordnetenhauses zum Schutze eines nachstehenden Korrealhypothekars diejenigen Vorschriften in Vorschlag zu bringen, welche — nur in einem Punkte auf Antrag des Abg. Enneccerus[2]) erweitert — in das Gesetz übergingen und dort den § 205 bilden.

Dieser Paragraph lautet:

„Ist in dem Verfahren der Zwangsversteigerung eine Hypothek oder Grundschuld, welche auf mehreren Grundstücken ungeteilt haftet, bei der Feststellung des geringsten Gebotes berücksichtigt und ein zur Befriedigung des betreibenden Gläubigers ausreichendes

[1]) Es muss dann gem. § 756 C. P. O. das im Instanzenzuge nächst höhere Gericht um Bestimmung des zuständigen Gerichts angegangen werden.

[2]) Stegemann S. 465. 493.

Gebot nicht abgegeben worden, und ist für die Forderung des betreibenden Gläubigers eins der für die erstere Forderung mithaftenden Grundstücke gleichfalls mitverhaftet, so ist der betreibende Gläubiger berechtigt, die Abtretung der ersteren Forderung gegen vollständige Berichtigung derselben zu fordern. Ist die Forderung nicht fällig, so kann das Recht nur mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten unter Verpflichtung des Kündigenden zur Zahlung ausgeübt werden.

Verzichtet der Gläubiger der abzutretenden Forderung darauf, dass dieselbe ungeteilt auf denjenigen Grundstücken hafte, auf welchen die Forderung des betreibenden Gläubiger ungeteilt haftet, und bewilligt er demgemäss die teilweise Löschung seiner Forderung, so ist er zur Abtretung nicht verpflichtet. Die Beschränkung der Haftung kann sowohl durch Verteilung der Forderung auf einzelne Grundstücke als auch durch Uebertragung der ganzen Forderung auf ein Grundstück als das allein haftende erfolgen. Die Mithaftung solcher Grundstücke, welche für die Forderung des betreibenden Gläubigers nicht mithaften, kann unverändert bestehen bleiben.

Die gleichen Rechte wie der betreibende Gläubiger hat jeder demselben nachstehende Gläubiger, wenn seine Forderung nach Berücksichtigung der auf mehreren Grundstücken ungeteilt haftenden Hypothek oder Grundschuld auf Grund der Vorschriften der §§ 59, 117 bedingt zur Hebung gekommen ist.

Weitergehende Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes über das Recht der Pfandgläubiger auf Abtretung vorgehender Forderungen bleiben unberührt."

Aus der vorangeschickten Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen lassen sich der Zweck und zugleich die Bedeutung der durch ihn für das preussische Recht neu geschaffenen Art des ius offerendi erkennen.

Nicht wie im allgemeinen Landrecht soll unser Institut hier nur dazu dienen, gewisse Realinteressenten gegen einen ungünstigen Verkauf der Pfandsache zu schützen. Aehnlich wie im römischen Rechte will vielmehr das Eintrittsrecht des § 205 den nachstehenden Hypothekar überhaupt erst in den Stand setzen, sein dingliches Recht einem ihm vorgehenden, ihn hindernden Pfandrechte gegenüber zur vollen Wirksamkeit zu bringen.

Betrachten wir uns nunmehr die Bestimmungen des Paragraphen im einzelnen:

Befugt zur Ausübung des ius offerendi ist ausschliesslich ein Hypothekar oder Grundschuldgläubiger, welchem mehrere Grund-

stücke für ein und dieselbe Forderung ungeteilt haften. Es kann also das Eintrittsrecht nicht geltend machen ein nur persönlicher Gläubiger, auch wenn für ihn ein Grundstück zwecks Zwangsversteigerung beschlagnahmt worden ist — ebenso wenig ein solcher Kreditor, welchem nur an einem Grundstück ein Pfandrecht bestellt ist.

Das ius offerendi richtet sich andererseits nur gegen einen Hypothekar oder Grundschuldgläubiger, für den auf allen oder doch auf mehreren (mindestens also zweien) von denjenigen Liegenschaften, welche dem Oblationsberechtigten ungeteilt verpfändet sind, eine Forderung zur Gesamthaft eingetragen ist.

Voraussetzungen sind dabei folgende:

1. Die Korrealhypothek des Oblaten geht der des Offerenten auf allen ihnen beiden haftenden Grundstücken und zwar kraft Gesetzes vor. Es genügt nicht, dass die Forderung des Oblaten, wiewohl der des Offerenten nachstehend, in das geringste Gebot eingerechnet ist; denn dann kann der Offerent gegen die Erteilung des Zuschlags Widerspruch erheben und so den letzteren hindern. (§§ 75 Nr. 3, 78 des Ges.)

2) Der Offerent betreibt die Zwangsversteigerung eines oder mehrerer aber nicht aller ihm sowohl wie dem Oblaten haftenden Grundstücke; denn geschähe letzteres — in demselben Verfahren — so würde, wie bemerkt, die Vorhypothek nur einmal in das geringste Gebot gerechnet und daher die Befriedigung des betreibenden Gläubigers kaum mehr hindern, als wenn sie eine Einzelhypothek wäre.

3) Die Vorkorrealhypothek ist bei Festsetzung des geringsten Gebotes zum vollen Werte berücksichtigt worden.[1])

4) Es ist bei dem Einzelverkauf ein zur Befriedigung des betreibenden Offerenten genügendes Gebot nicht abgegeben worden. Dies kann auf zweierlei Weise sich ereignen. Es ist möglich, dass überhaupt kein zulässiges d. h. kein das geringste erreichendes Gebot erzielt wurde. Es ist ferner denkbar, dass zwar dies geschieht, aber nicht soviel ersteigert wird, dass der betreibende Gläubiger voll zur Hebung gelangt.

---

[1]) Ist dies nicht geschehen, so greift das ius offerendi auch dann nicht Platz, wenn der Inhaber der Vorhypothek auf vorzugsweise Befriedigung aus den Kaufgeldern nicht verzichtet hat. Denn verlangt er aus diesen Deckung für seine Ansprüche, so erlöschen die letzteren, soweit sie befriedigt werden, auf den übrigen Grundstücken — der Nachmann rückt also dort entsprechend vor.

5) Die Vorkorrealhypothek ist fällig, oder aber sie muss, wenn sie dies nicht ist, mit einer Frist von drei Monaten vom Offerenten gekündigt werden. Die dreimonatliche Frist ist stets einzuhalten, mag auch dem Schuldner eine kürzere zustehen.[1])

Die Kündigung ist auch dann zulässig, wenn die Vorhypothek für den Schuldner unkündbar war.

Bei derselben hat sich der Offerent zur Zahlung des Betrages zu verpflichten. Kommt er dieser Pflicht späterhin nicht nach, so wird die Kündigung wirkungslos.[2])

6) Dem Vormann muss vollständige Befriedigung angeboten werden. — Es kommt nicht in Betracht, in welcher Höhe seine Hypothek in das geringste Gebot aufgenommen worden ist.[3])

7) Ebenso wie dem betreibenden Gläubiger steht auch demjenigen Gläubiger das ius offerendi zu, welcher bei der Belegung des Kaufgeldes nach Berücksichtigung der ersten Korrealhypothek mit seiner Forderung bedingt[4]) zur Hebung gelangt ist.

Zur Erklärung hierfür diene Folgendes: Sobald ein von dem Käufer eines subhastierten Grundstückes zu übernehmender Realanspruch ein bedingter ist, so muss der Erwerber in Höhe desselben den ersten bei der Versteigerung ausfallenden Realanspruch unter der entgegengesetzten Bedingung übernehmen.[5])

Die Korrealhypothek wird nun vom Gesetze als Forderung unter auflösender Bedingung betrachtet.[5]) Uebernimmt daher der Erwerber — wie hier — eine solche, so ist er gehalten, einen anderen Realanspruch ebenfalls bedingt zu übernehmen. Der Inhaber einer derartigen Forderung soll nun das ius offerendi aus-

---

[1]) A. M. Rudorff S. 328. War die Forderung bereits gekündigt und in weniger als 3 Monaten fällig, so kommt dies dem Offerenten zu gute. War sie dagegen in mehr denn 3 Monaten fällig — nach bereits vom Schuldner geschehener Kündigung — so braucht sich Offerent daran nicht zu kehren — er kann erklären, schon nach 3 Monaten zahlen zu wollen.

[2]) Sie wirkt nicht etwa wie eine vom Schuldner selbst ausgegangene. Zahl der Offerent nicht, so könnte der Oblat deshalb nicht gegen den Debitor vorgehen und ohne weitere Kündigung von diesem eventuell Berichtigung bei Vermeidung der Vollstreckung in die Grundstücke fordern.

[3]) Es sind also auch mehr wie zweijährige Zinsrückstände zu zahlen.

[4]) Also nicht, wenn er überhaupt nicht zur Hebung gelangte, auch nicht, wenn kein zulässiges Gebot abgegeben wurde.

[5]) § 59 des Ges.

zuüben befugt sein. Doch müssen bei ihm dieselben Voraussetzungen vorliegen, wie bei dem betreibenden Gläubiger. Er muss also insbesondere ebenso Korrealgläubiger sein wie dieser. Er muss des weiteren aber dem betreibenden Gläubiger nachstehen.

8. Ueber die Zeit, in welcher das ius offerendi geltend zu machen ist, trifft das Gesetz keine Bestimmungen. Der betreibende Gläubiger wird es auszuüben vermögen, sobald feststeht, dass kein genügendes Gebot abgegeben ist, also nach Schluss des Versteigerungstermines.

Der bedingt zur Hebung gelangende Gläubiger wird erst im Kaufgelderbelegungstermine offerieren können, da sich erst in diesem entscheidet, ob er bedingt zur Hebung gelangt. Sobald die durch das Subhastationsverfahren hervorgerufenen Eintragungen im Grundbuch erfolgt sind, dürfte eine Ausübung des ius offerendi unzulässig sein.

Hat eine ordnungsmässige Oblation stattgefunden, so kann der Oblat dieselbe wirkungslos machen, indem er die ungeteilte Haftung seiner Forderung auf den dem Offerenten gleichfalls korrealiter verpfändeten Grundstücken aufgiebt. In welcher Weise er dies thut, ist gleichgültig. Er kann seinen Anspruch nur auf dem subhastierten Grundstück stehen, auf den übrigen dagegen löschen lassen.[1]) — Dann rückt der Nachmann auf den letzteren entsprechend vor und wird bei späterer Versteigerung derselben zur Hebung gelangen, wenn seine Forderung überhaupt durch den Gesamtwert der Liegenschaften gedeckt wurde. Der Vormann vermag aber auch seinen Anspruch allein auf einem der nicht zur Versteigerung gelangenden Immobilien haften und auf dem zu subhastierenden löschen zu lassen. Dann wird der Offerent auf diesem letzteren entsprechend aufrücken. Endlich kann der Vormann seine Forderung in einzelne Teile zerlegen, diese auf den verschiedenen Grundstücken stehen lassen und so seine Korrealhypothek in Einzelhypotheken verwandeln.[2])

Mag er nichts von alledem thun, so ist er gehalten, die ordnungsmässige Oblation anzunehmen und dagegen seine Forderung

---

[1]) Er selbst kann allerdings nur Löschungsbewilligung erteilen. Den Löschungsantrag würde der Schuldner, oder aber nach § 5 des Ges. der Offerent beim Grundbuchrichter zu stellen haben.

[2]) Notwendig ist unter allen Umständen, dass der Betrag, welcher auf dem einen Grundstücke stehen bleibt, auf den anderen gelöscht wird. Auf den etwa für die Nachhypothek nicht haftenden Liegenschaften kann jedoch die Vorhypothek unverändert gelassen werden.

abzutreten. Der Offerent succediert also nicht ohne weiteres in die Rechte des Oblaten. Weigert der Letztere die Cession seiner Rechte, so muss der Offerent dieselbe im Prozesswege erzwingen. Verlangen kann er die Abtretung der Forderung des Oblaten in der Gestalt, wie sie diesem zusteht, also nebst etwa weiterhin für sie haftenden Pfändern oder Bürgen.

Was Rechtens sein soll, wenn mehrere Eintrittsberechtigte offerieren, sagt das Gesetz nicht. Es dürfte auch hier aber die Prävention entscheiden wie im A. L. R.

VII.

Das ius offerendi in dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich.

Wir haben uns bisher bemüht, einen Ueberblick über die Gestaltung zu gewinnen, welche das ius offerendi im römischen Rechte und in den wichtigsten deutschen Partikularrechten erhalten hat. Gestützt auf die dabei gemachten Erfahrungen wollen wir nunmehr in die Erörterung der einschlägigen Vorschriften des neuen deutschen Gesetzentwurfes eintreten.

Der Entwurf behandelt das Pfandrecht an Immobilien streng gesondert von demjenigen an beweglichen Sachen, führt aber sowohl für jenes wie für dieses das ius offerendi ein. Fassen wir zunächst unser Rechtsinstitut auf dem Gebiete des Immobiliarpfandrechtes ins Auge.

I.

Für das ius offerendi, welches die Motive durchweg „Ablösungsrecht“ nennen, kommen, soweit es sich um die Rechte an Grundstücken handelt, in erster Linie die §§ 1081, 1082 B. G. B. in Betracht.

Dieselben lauten:

§ 1081. Wenn der Gläubiger auf Grund der Hypothek Befriedigung aus dem Grundstücke verlangt, so kann ein jeder, gegen welchen der Anspruch gerichtet ist, und, wenn die Zwangsversteigerung des Grundstücks betrieben wird, derjenige, welcher ein Recht an dem Grundstücke durch die Zwangsversteigerung zu verlieren Gefahr läuft, durch Befriedigung des Gläubigers die Zwangsvollstreckung abwenden.

Der Gläubiger ist verpflichtet, gegen seine Befriedigung die Forderung dem Berechtigten abzutreten. Die Vorschriften des § 1094 Abs. 2—4 bleiben unberührt.[1])

Wird die Zwangsvollstreckung nur wegen eines Teiles der Forderung betrieben, so finden die Vorschriften des ersten und zweiten Absatzes in Ansehung dieses Teiles mit der Massgabe Anwendung, dass der Gläubiger bei der Abtretung des Teiles dem ihm verbleibenden Forderungsteile den Vorrang vorbehalten kann. Ist der Vorrang vorbehalten, so kann die Abtretung zum Nachteile des Gläubigers überhaupt nicht geltend gemacht werden.

§ 1082. Die Befriedigung des Gläubigers kann in den Fällen der §§ 1080 und 1081 durch Hinterlegung und Aufrechnung erfolgen; die Vorschriften der §§ 272—289 finden entsprechende Anwendung.[2]) —

Die vorstehenden Bestimmungen sind in dem Abschnitte, welcher von der Normalhypothek des Entwurfs, der „Hypothek ohne Hypothekenbrief" handelt, enthalten. Sie finden gemäss § 1108 auf die „Hypothek mit Hypothekenbrief" und gemäss § 1136 auch auf die „Grundschuld" entsprechende Anwendung. Auf diese von der Normalhypothek abweichenden Institute wird die nachfolgende Darstellung gleichfalls eingehen, soweit die Natur derselben Besonderheiten für das ius offerendi im Gefolge hat. —

Klar und deutlich hebt zunächst der § 1081 den Zweck, welchen das ius offerendi nach dem Entwurfe erfüllen soll, hervor. Er sagt, es könne von den eintrittsberechtigten Personen durch Befriedigung des Gläubigers die Zwangsvollstreckung abgewendet werden. Der Entwurf betrachtet also unser Institut ausschliesslich als Verteidigungsmittel gegen die drohende Vollstreckung. Er giebt demselben nicht den offensiven Charakter, welchen es im römischen Rechte und im preussischen Zwangsvollstreckungsgesetze hat, wo

[1]) § 1094 Abs. 2 ff. Ist der den Gläubiger befriedigende Eigentümer nicht zugleich der persönliche Schuldner, so wird die Forderung mit der Hypothek auf ihn übertragen.

Ist der den Gläubiger befriedigende Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner, so wird nur die Hypothek auf ihn übertragen. (Eigentümerhypothek.) Die Eigentümerhypothek erstreckt sich auch auf das mitbelastete Grundstück eines Dritten.

Die Uebertragung tritt in beiden Fällen mit der Befriedigung kraft Gesetzes ein.

[2]) Diese §§ enthalten die näheren Vorschriften über Hinterlegung und Aufrechnung.

es dem Offerenten erst die Möglichkeit verschaffen soll, sein Verkaufsrecht einem übermächtigen Vormanne gegenüber zur Geltung und Wirksamkeit zu bringen.

Man wird dieser Zweckbestimmung des ius offerendi im Rahmen des Entwurfes wohl beipflichten können. Denn nach dem projektierten Gesetze gebührt einem jeden, auch dem jüngsten Hypothekengläubiger, das Recht, „die fällige Forderung aus dem belasteten Grundstücke und den mithaftenden Gegenständen im Wege der Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung des Grundstücks beizutreiben." (§ 1075 B. G. B.) Der jüngere Hypothekar bedarf also nicht wie in Rom des ius offerendi, um sich das Verkaufsrecht zu verschaffen.

Es kann allerdings die Verwirklichung der Veräusserungsbefugnis unter Umständen, insbesondere für die einer Korrealhypothek auf mehreren mit dieser belasteten Grundstücken nachgehenden Korrealpfandrechte dann mit den grössten Schwierigkeiten verknüpft sein, wenn das Versteigerungsverfahren auf dem Prinzipe des geringsten Gebotes und dem Uebernahmesystem beruht. Das haben wir bei Darstellung der Entstehungsgeschichte des § 205 des preussischen Gesetzes vom 13. Juli 1883 gesehen. Es will nun auch der deutsche „Entwurf eines Gesetzes betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen" jenes Prinzip wie jenes System acceptieren.[1]) Es soll ferner nach den Vorschriften dieses Entwurfs eine dem betreibenden Gläubiger vorgehende Korrealhypothek in voller Höhe in das geringste Gebot eingerechnet[2]) und demnächst vom Ersteher übernommen werden.[3]) Nur wenn der Vorkorrealgläubiger späterhin Befriedigung aus dem ihm mitverhafteten Grundstücke erhält oder seine Rechte sowohl am versteigerten Grundstücke wie gegen den Ersteher aufgiebt, soll sich der von letzterem zu zahlende Teil des geringsten Gebotes entsprechend erhöhen.[4])

Sonach würden an sich die nach einer Korrealhypothek rangierenden Korrealhypothekare unter den erwähnten Umständen der Vorhypothek gegenüber ebenso schutzlos sein, wie sie dies in dem ursprünglichen Entwurfe des preussischen Zwangsvollstreckungsgesetzes waren. Aber der Reichsentwurf sucht ihnen ohne Heranziehung des ius offerendi zu helfen.

---

[1]) Vergl. §§ 59, 66 Zwangsvollstr.-Entw.
[2]) Arg. §§ 59, 71 Abs. 2 l. c.
[3]) § 66 l. c.
[4]) § 71 Abs. 2 l. c.

Es wird den Korrealgläubigern nämlich schlechthin die Möglichkeit gegeben, wenn sie für ihre auf mehreren Grundstücken ungeteilt haftenden Realrechte Befriedigung aus allen oder mehreren Grundstücken suchen wollen, dies in einem Vollstreckungsverfahren zu thun, auch wenn die verschiedenen Immobilien in verschiedenen Gerichtsbezirken sich befinden. Nach der C. P. O. § 756 bereits konnte in solchem Falle die Bestellung eines gemeinsamen Vollstreckungsgerichtes durch das den mehreren zuständigen Gerichten gemeinsame Obergericht dann erwirkt werden, wenn die einzelnen zur Exekution gebrachten Grundstücke demselben Eigentümer gehörten. Gemäss § 7 Abs. 2 des Reichsentwurfs für die Immobiliarvollstreckung ist dies aber stets der Fall, sofern es sich um Exekution aus Korrealhypotheken bezw. ebensolchen Grundschulden handelt.

Weiterhin soll, sobald mehrere Grundstücke zur Zwangsversteigerung gelangen, zwar regelmässig ein jedes einzeln ausgeboten werden (§ 80 Abs. 1 Zw.-Vollstr.-Ges.); es kann aber jeder Beteiligte verlangen, dass die sämtlichen Grundstücke oder mehrere derselben zusammen ausgeboten werden (§ 80 Abs. 2 l. c.). Bei einem solchen Gesamtausgebot endlich werden die auf mehreren der zur Subhastation gebrachten Grundstücke haftenden Korrealrechte nur einmal in das geringste Gebot eingerechnet. (§ 81 Zw.-Vollstr.-Ges.)

So hat es also nach dem Reichsentwurf ein jeder Korrealgläubiger stets in der Hand, eine gemeinsame Versteigerung der ihm verhafteten Grundstücke und damit die nur einmalige Aufnahme ihm etwa vorgehender Korrealrechte in das geringste Gebot herbeizuführen. Da sich aber die bei Beratung des preussischen Entwurfs hervorgehobenen Schwierigkeiten für den Nachkorrealhypothekar gerade an die damals unter Umständen eintretende Unmöglichkeit, ein derart gemeinsames Vollstreckungsverfahren zu erwirken, knüpften und dem Gläubiger vorwiegend aus diesem Grunde das ius offerendi eingeräumt wurde, so dürfte in der That im Rahmen des neuen Gesetzes die Beibehaltung des Eintrittsrechts in der aggressiven Tendenz des § 205 des preussischen Gesetzes vom 13. Juli 1883 kaum nötig erscheinen.

Allerdings sind mit Beseitigung der rechtlichen Schwierigkeiten, welche durch die Existenz einer Vorkorrealhypothek früher den nachstehenden Korrealgläubigern entstehen konnten, nicht auch in vollem Umfange die praktischen Unzuträglichkeiten gehoben, welche dieselbe für solche Gläubiger mit sich bringt. Es bleibt, selbst wenn der exequirende Gläubiger alle ihm einheitlich haftenden

Grundstücke in einem Verfahren zur Vollstreckung bringt, ein Gesamtausgebot und damit die einmalige Einrechnung der Vorkorrealhypothek in das geringste Gebot erwirkt, immer noch die Gefahr, dass sich auf das Gesamtausgebot ein gemeinsamer Ersteher für die mehreren Immobilien nicht findet, obwohl der Wert der Grundstücke das für sie einheitlich festgesetzte geringste Gebot übersteigt. Diese Gefahr wird dann um so grösser sein, wenn die Grundstücke räumlich erheblich von einander entfernt und deshalb in einer Hand schwer zu bewirtschaften bezw. zu verwerten sind. Allein diese Gefahren bestehen auch nach dem preussischen Gesetze, ohne, soweit bekannt, zu erheblichen Missständen und Klagen geführt zu haben. —

Seinem defensiven Zwecke entsprechend soll das ius offerendi nach den Bestimmungen des Entwurfs sich richten gegen denjenigen Gläubiger, von welchem die Vollstreckung in das Grundstück droht oder bereits betrieben wird. Der Gläubiger aber muss ein Hypothekar bezw. ein Grundschuldgläubiger sein. „Wenn der Gläubiger auf Grund der Hypothek Befriedigung verlangt", sagt § 1081. Gegen einen creditor chirographarius, der kraft vollstreckbaren Titels die Beschlagnahme des Grundstücks zum Zweck der Zwangsvollstreckung erwirkt hat, ist das Eintrittsrecht nicht gegeben. Die Motive führen hierzu aus, es werde auf Antrag eines persönlichen Gläubigers die Zwangsversteigerung nur unter Wahrung aller vorstehenden Rechte zugelassen, es könnte daher die Voraussetzung für die Ausübung des ius offerendi, die Gefährdung der Rechte des Offerenten, nur in dem seltenen Falle vorliegen, dass nach Einleitung des Versteigerungsverfahrens ein Realrecht eingetragen werde. Für diesen Fall böten aber die Vorschriften der §§ 227 bezw. 1094 genügenden Schutz.

Trotz dieser Ausführungen der Motive halten wir die Regelung in der vorgeschlagenen Weise für wenig konsequent. Das ius offerendi hat im Entwurfe den Zweck, dritten Personen die Möglichkeit zu geben, die ihnen gefahrbringende Vollstreckung in das Grundstück abzuwenden. Der persönliche Gläubiger kann die Vollstreckung in das Grundstück vornehmen. Die Motive selbst führen einzelne Fälle an, in denen sein Vollstreckungsrecht anderen Realrechten gefährlich werden kann. Wir fügen hinzu, dass dasselbe auch in die Rechte vorstehender Gläubiger einzugreifen vermag, soweit es sich um diesen zustehende mehr als zweijährige Rückstände an Zinsen und sonstigen wiederkehrenden Leistungen handelt. (§§ 10 Nr. 5. 6, 59, 66, 72 Zw.-Vollstr.-Entw.) Ist somit aber die

Möglichkeit gegeben, dass der persönliche Gläubiger anderen Realrechten gefahrdrohend wird, dann ist nicht recht abzusehen, warum man nicht auch gegen ihn die Ausübung des Eintrittsrechts gestatten will. Die §§ 227, 1094 können jedenfalls einen genügenden Ersatz für das ius offerendi nicht bieten. § 227 giebt einem Dritten lediglich die Befugnis, den Gläubiger bei vertretbarer Schuld auch ohne Zustimmung des Schuldners zu befriedigen, nicht aber auch das Recht, die Abtretung der Forderung des Gläubigers zu verlangen. § 1094 endlich handelt lediglich von dem Einlösungsrecht des Grundstückseigentümers. Nach alledem dürfte es sich vielleicht doch empfehlen, das ius offerendi auch gegen den die Vollstreckung betreibenden persönlichen Gläubiger zu gewähren.

Wer sind nun die eintrittsberechtigten Personen?

Der Entwurf scheidet offenbar 2 Kategorien derselben:

1. Wenn ein Hypothekar bezw. Grundschuldgläubiger auf Grund seines dinglichen Rechts Befriedigung aus dem Grundstücke verlangt, so soll jeder, gegen den der Anspruch sich richtet, das ius offerendi haben.

2. Wenn aber ein derartiger Gläubiger die Zwangsversteigerung betreibt, so soll jeder eintrittsberechtigt sein, der ein Recht am Grundstücke zu verlieren Gefahr läuft.

Die Betrachtung der zu 2 aufgeführten oblationsbefugten Personen ergiebt keine Schwierigkeiten. Zu jenen Personen gehören lediglich die am Grundstücke dinglich Berechtigten. Die Zahl der dinglichen Rechte ist aber nach dem Entwurfe eine beschränkte. Als solche werden nur anerkannt: Eigentum, Dienstbarkeiten, Superficies, Reallast, Vorkaufsrecht, Hypothek und Grundschuld.[1]) In abstracto sind also nur diejenigen eintrittsberechtigt, welchen eins der genannten Rechte zusteht. Doch bedarf der Grundstückseigentümer unseres Rechtsbehelfes nicht mehr. Denn er ist nach §§ 1080, 1094 B. G. B., auch wenn er nicht der persönliche Schuldner ist, befugt, die Hypothek oder Grundschuld, von welcher die Vollstreckung droht, bereits bei ihrer Fälligkeit zu bezahlen und damit das Recht des abgelösten Gläubigers ohne weitere Abtretung an sich zu bringen. Es werden sonach nur die Realberechtigten anderer Art für die Ausübung des ius offerendi in Frage kommen.

Für diese müssen aber ferner folgende Voraussetzungen vorliegen:

a. Der Oblat muss die Zwangsversteigerung des dem Offerenten gleichfalls verhafteten Grundstücks betreiben. Er muss

[1]) Vergl. Motive Bd. III S. 3.

also zum mindesten den Antrag auf Einleitung des Versteigerungsverfahrens gestellt haben.

b. Der Offerent muss durch die Versteigerung Gefahr laufen, sein Realrecht zu verlieren. Diese Voraussetzung wird schlechterdings bei all' den Realberechtigten vorliegen, welche nach dem exequierenden Gläubiger rangieren, ohne Rücksicht darauf, ob etwa der Wert des Grundstücks Grund zur Hoffnung giebt, dass auch jene postlocierten Lasten bei des Versteigerung gedeckt bezw. vom Ersteher werden übernommen werden.

Dem Oblaten vorgehende Realberechtigte können infolge des adoptierten Systems des geringsten Gebotes höchstens wegen mehr denn zweijähriger Rückstände an Zinsen oder sonstigen wiederkehrenden Leistungen gefährdet sein, wie dies oben bereits erwähnt wurde. Mit Rücksicht darauf kann die Ansicht Deybecks[1], der den vorstehenden Berechtigten das ius offerendi durchweg absprechen will, nicht voll und ganz gebilligt werden.

Weniger klar und unbedenklich als die soeben erörterte Vorschrift über die eintrittsberechtigten Personen erscheint auf den ersten Blick die oben zu 1 erwähnte Bestimmung, wonach zur Oblation befugt sein soll „ein Jeder, gegen welchen der vom Hypothekar oder Grundschuldgläubiger erhobene Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstücke gerichtet ist."

Die Kommissionsprotokolle ergeben, dass in dem ursprünglichen, der Beratung zu Grunde gelegten Entwurfe ebensowenig wie in den dazu zunächst gestellten Abänderungsanträgen eine derartige Vorschrift vorhanden war.

In den Protokollen (S. 4045) findet sich aber nachstehende Bemerkung:

„Die Beratung der Einzelheiten ergab folgendes:

1. Der Eigentümer muss, auch wenn er nicht der persönliche Schuldner ist, doch das Recht haben, den Gläubiger zu befriedigen und zwar nicht bloss durch Zahlung, sondern auch in anderer gesetzlich zulässiger Weise, insbesondere durch Aufrechnung mit einer ihm an den Gläubiger zustehenden Forderung. Eine Meinungsverschiedenheit bestand nur insofern, als von einer Seite dieses Recht bereits aus den K. E. § 225 gefolgert, von anderer Seite diese Folgerung als unzutreffend bezeichnet wurde. Die Mehrheit hielt es bei der Wichtigkeit, welche die Hypothek im Verkehrsleben hat, für ratsam, in das Gesetzbuch eine Bestimmung des Inhalts aufzunehmen:

[1] Gruchot, Beiträge zur Erl. des deutschen Rechts, Bd. 34, S. 427

„Derjenige, gegen welchen der Anspruch sich richtet, kann durch Befriedigung des Gläubigers die Zwangsvollstreckung abwenden."

Aus dieser Bemerkung ergiebt sich, dass man mit jener Bestimmung, die wörtlich in dem ersten Teil unseres § 1081 übergegangen ist, vorzugsweise den Schutz des Grundstückseigentümers bezweckte. Diesem ist nun im definitiven Entwurfe, wie bereits bemerkt, ein besonderes Einlösungsrecht schon von Fälligkeit der Hypothek bezw. Grundschuld an eingeräumt. (§§ 1080, 1094 B. G. B.) Gleichwohl hat man jene Vorschrift beibehalten. Die Motive (Bd. III S. 691) bemerken, dass die Konsequenz des dem Eigentümer gegebenen Einlösungsrechtes eigentlich schon dazu führe, dem Besitzer, dem Inhaber, überhaupt Jedem, gegen welchen der Anspruch aus der Hypothek gerichtet sei, das ius offerendi zu gewähren. Damit wird aber dem Eintrittsrechte unter Umständen eine recht erhebliche Ausdehnung gegeben. Denn der hypothekarische Anspruch ist ein dinglicher. Er richtet sich gegen jeden, der durch sein Verhalten die Verwirklichung der Hypothek hindert. (Cf. Motive III S. 677.) Er geht also nicht bloss gegen die übrigen am hypothekbelasteten Grundstück dinglich berechtigten Personen.

Man müsste bei dieser Sachlage z. B. als oblationsberechtigt ansehen den Dritten, der nach Einleitung der Zwangsverwaltung solche Zubehörstücke, die der Beschlagnahme unterliegen, vom Grundstück entfernt hat. Zur Ausübung des ius offerendi befugt erschiene auch der Mieter, der ebenfalls nach Einleitung der Zwangsverwaltung den Mietszins nicht zahlt, etwa weil er denselben schon für mehr als drei Monate nach der Beschlagnahme an den Grundstückseigentümer entrichtet hatte. Denn jede dieser Personen hindert doch das hypothekarische Befriedigungsrecht. Wird gegen sie Klage auf Leistung zur Zwangsverwaltungsmasse erhoben, so wird gegen sie der hypothekarische Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstücke und den mitverhafteten Gegenständen geltend gemacht. Damit ist aber die Vorbedingung für die Ausübung des ius offerendi seitens der Beklagten in Gemässheit des ersten Teils unseres § 1081 gegeben.

Trotz der sonach etwas weiten Fassung der in Rede stehenden Vorschrift möchten wir letztere nicht beseitigt wissen, im Gegensatz zu Bähr[1]), der in § 1139 seines Entwurfes das ius offerendi

[1]) Bähr. Der Gegentwurf zu dem Entwurfe. Kassel 1891.

lediglich demjenigen giebt, welcher durch den Zwangsverkauf ein Recht am Grundstücke zu verlieren Gefahr läuft.

Es lassen sich nämlich Fälle denken, in denen durch die Ausübung des hypothekarischen Anspruchs, auch abgesehen von der Versteigerung, die Rechte Dritter auf das empfindlichste berührt und geschädigt werden können. Man nehme z. B. an, dem die Zwangsverwaltung betreibenden Hypothekar stehe ein Niessbrauch am Pfandgrundstücke nach. Dann müsste der Usufruktuar dem stärkeren Rechte des voreingetragenen Hypothekengläubigers weichen. Er könnte dazu eventuell im Klagewege gezwungen werden. Oder man denke, es habe jemand vor der Beschlagnahme des Grundstücks für den die Zwangsverwaltung betreibenden Gläubiger die Ernteerzeugnisse desselben gekauft und bezahlt, aber noch nicht entfernt. Dann unterliegen jene Erzeugnisse dem Realrecht des Hypothekars von dem Momente der Beschlagnahme an. (cf. §§ 1067 Abs. 2, 1068 B. G. B. § 191 Zw.-Vollstr.-Ges.) Oder es hat jemand sich die Mietsforderungen eines Hausgrundstückes für längere Zeit cedieren oder sie pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen und ein Hypothekar betreibt die Zwangsverwaltung. Dann muss jener Dritte bezüglich aller mehr denn drei Monate nach der Beschlagnahme fälligen Mietszinsen dem besseren Rechte des Hypothekars weichen.

In allen diesen Fällen scheint es nicht mehr als recht und billig, den von dem hypothekarischen Anspruch betroffenen Personen das ius offerendi zu gestatten. —

Prüfen wir nun die Voraussetzungen näher, unter denen von dieser Kategorie Eintrittsberechtigter das ius offerendi ausgeübt werden kann, so ergiebt der Wortlaut des Paragraphen zur Genüge, dass der hypothekarische Anspruch auf Befriedigung bereits erhoben sein muss. Und zwar muss er geltend gemacht sein gerade gegen diejenige Person, welche das ius offerendi für sich in Anspruch nimmt. Wird also z. B. der Eigentümer mit dem Antrage verklagt, sich die Zwangsvollstreckung in das Pfandgrundstück gefallen zu lassen, so würde nicht etwa von diesem Momente an der dem klagenden Hypothekar nachstehende Niessbraucher zur Oblation befugt sein. Dieser würde vielmehr erst dann zur Ausübung des Eintrittsrechts legitimiert erscheinen, wenn der Gläubiger gegen ihn selbst — etwa auf Gestattung der Zwangsverwaltung — Ansprüche erheben würde.

Dass letzteres stets im Wege der Klage geschehen müsste, um die für das ius offerendi nötigen Vorbedingungen zu schaffen, wird

nicht anzunehmen sein. Es genügt dazu jede, auch die aussergerichtliche Geltendmachung des hypothekarischen Rechts gegen den Offerenten. —

Der Beginn für die Verwirklichung unseres Institutes ist nach den bisherigen Ausführungen abhängig teils davon, dass der Oblat die Zwangsversteigerung betreibt, teils nur davon, dass er seinen hypothekarischen bezw. Grundschuldanspruch geltend macht.

Der Endtermin für das ius offerendi dürfte durch den Zweck des Rechtsbehelfes bestimmt werden. Die Zwangsvollstreckung abzuwenden, ist nach dem Entwurf die Aufgabe unseres Institutes. Dasselbe greift daher nicht mehr Platz, wo diese Aufgabe nicht mehr erfüllt werden kann, also zunächst dann, wenn die Vollstreckung materiell zu Ende gebracht ist. Bei der Zwangsverwaltung dürfte dies mit der Aufhebung des Verfahrens zusammenfallen. Bei der Zwangsversteigerung aber wird die Erteilung des Zuschlags als der entscheidende Moment anzusehen sein. Denn mit Erteilung des Zuschlags wird der Ersteher Eigentümer des Grundstücks, erlöschen die nicht in das geringste Gebot aufgenommenen Rechte am Grundstücke, also die Forderungen des Offerenten sowohl wie die des Oblaten, und es tritt der Versteigerungserlös an Stelle des Grundstücks rücksichtlich dieser Rechte. (cf. §§ 138, 140 Zwangs-Vollstr.-Ges.)

Allein nicht nur, wenn die Zwangsvollstreckung zu Ende geführt ist, erlischt die Befugnis zur Ausübung des ius offerendi. Das Gleiche muss vielmehr dann gelten, wenn der betreibende Gläubiger den Antrag auf Vollstreckung zurücknimmt. Denn in diesem Moment wird die Gefahr, zu deren Beseitigung unser Rechtsinstitut dienen soll, von den eintrittsberechtigten Personen genommen. Es ist alsdann keine Zwangsvollstreckung mehr „abzuwenden."

Deybeck[1]) meint nun, es könne die Rücknahme des Versteigerungsantrages dann nicht mehr das ius offerendi tangieren, wenn der Offerent bereits vorher „erklärt" habe, er wolle ablösen. Das dürfte kaum zutreffen. Die Erklärung, ablösen zu wollen, hat nach dem B. G. B. keine Wirkung. Der Offerent soll ja nur durch Befriedigung des Oblaten die Vollstreckung abwenden dürfen, wie § 1081 Abs. 1 ausdrücklich festsetzt. Wenn es dann in Abs. 2 weiter heisst: „Der Gläubiger ist verpflichtet, gegen seine Befriedigung die Forderung dem Berechtigten abzutreten," so will das gleichfalls nichts weiter sagen, als dass der Oblat erst durch die

[1]) Gruchot, Bd. 34 S. 248.

Befriedigung zur Abtretung verbunden wird. Nicht etwa ist der Satz dahin zu deuten, dass mit der Erklärung des Offerenten, ablösen zu wollen, eine Verbindlichkeit auf Abtretung Zug um Zug gegen Befriedigung für den Oblaten begründet werde, ähnlich wie z. B. aus dem Kaufvertrag eine Verpflichtung des Verkäufers zur Uebergabe der Sache Zug um Zug gegen Zahlung des Preises geschaffen wird.

Auch die Konsequenzen der Deybeckschen Ansicht sprechen gegen dieselbe. Denn wäre sie richtig, so würde zwar der Oblat durch die Ablösungserklärung des Offerenten verpflichtet zur Abtretung seiner Forderung gegen Befriedigung, er erhielte aber nicht etwa dadurch seinerseits das Recht, vom Offerenten Befriedigung gegen Abtretung der Forderung zu verlangen. Es würde also durch jene Erklärung eine einseitige Obligation nicht etwa des Erklärenden, sondern desjenigen, gegen welchen die Erklärung sich richtet, geschaffen, was jedenfalls nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hat.

Aus dem Gesagten erhellt bereits, dass die Ausübung des ius offerendi durch Befriedigung des Gläubigers erfolgt. Nach der Sondervorschrift des § 1082 soll diese Befriedigung nicht nur im Wege der Zahlung sondern auch durch Aufrechnung und Hinterlegung erfolgen. Der Oblat kann sich also der Geltendmachung des ius offerendi durch Annahmeweigerung nicht entziehen.

Der Umfang der Oblation wird im Entwurfe nicht besonders berührt. Die Natur der Sache aber ergiebt, dass er sich nach der Höhe der Forderung zu richten hat, wegen welcher der Oblat Befriedigung aus dem Grundstücke sucht. Ausserdem sind zu offerieren die Kosten, welche durch die etwa bereits eingeleitete Zwangsvollstreckung verursacht sind. Zweifel über die Höhe der Forderung des Oblaten werden kaum entstehen, da dieselbe wohl durchweg vorher gegen den Grundstückseigentümer in vollstreckbarem Titel festgestellt sein dürfte. Weil die behufs Vollstreckung geltend gemachte Forderung des Oblaten für die Oblation massgebend ist, ist eine Teilabfindung des letzteren möglich, sofern eben jener erhobene Anspruch nur eine Quote des ganzen dem Oblaten zustehenden Rechts ausmacht.

Um nun dem Offerenten die Möglichkeit zu gewähren, wenigstens die Zwangsversteigerung schleunigst inhibieren zu können, gestattet ihm § 103 Zwangs-Vollstr.-Ges. den zur Befriedigung des Gläubigers und zur Deckung der Kosten des Verfahrens an das Gericht zu zahlen. Diese Zahlung soll aber anscheinend nur im Versteigerungs-

termine, wenn auch nach Schluss der Versteigerung, zulässig sein; wenigstens spricht der angezogene Paragraph nur von einer Zahlung im Termine selbst. Dieselbe stellt allerdings eine Befriedigung des Oblaten nicht dar; deshalb wird bestimmt, dass sie auf Gefahr und Kosten des Zahlenden erfolge. Aber dem Gerichte erwächst die Amtspflicht, das Geld an den Berechtigten abzuführen. (Vergl. Motive zum Zwangs-Vollstr.-Ges. S. 214.) Andererseits ist das Verfahren — ohne weiteren Antrag — einstweilen einzustellen.

Das führt uns auf die Wirkung der Ausübung des ius offerendi!

Ist die Befriedigung des Gläubigers erfolgt, so hat derselbe nach § 1081 Abs. 2 B. G. B. die Pflicht, seine Forderung abzutreten. Er kann sich dieser Pflicht nicht mehr durch Rücknahme des Versteigerungsantrages entziehen. Führt er ohne Rücksicht auf diese seine Verbindlichkeit die Vollstreckung in das Grundstück durch, so wird er dem Offerenten schadensersatzpflichtig. Der letztere hat dabei selbstverständlich das Recht, auf Grund der geschehenen Befriedigung den Oblaten zur Abtretung der Forderung im Prozesswege zu zwingen.

Die Abtretung hat sich bei der Hypothek auf die persönliche Forderung zu erstrecken. Mit dieser geht die Hypothek selbst über. (§ 1086 B. G. B.) Die Abtretung muss ins Grundbuch eingetragen werden, sofern eine Hypothek ohne Hypothekenbrief vorliegt. (§§ 1087, 828 B. G. B.) Bei Briefhypotheken ist nur der Abtretungsvertrag, bezw. ein denselben ersetzendes Urteil und Aushändigung des Hypothekenbriefes, nicht aber Eintragung erforderlich. (§ 1112 B. G. B.) Für die Grundschuld gilt das Gleiche, nur mit der Massgabe, dass den Gegenstand der Abtretung lediglich das Realrecht bildet. (§ 1136 B. G. B. Motive III S. 783 Ziffer 2.) Handelt es sich um befriedigte Korrealrechte, so sind diese in derselben Gestalt zu übertragen, wie sie dem Oblaten zustanden. Das wird für die Grundschuld ebensowohl wie für die Hypotheken anzunehmen sein. Bei letzteren erwirkt der Offerent mit der persönlichen Forderung auch die derselben etwa weiter zur Sicherheit dienenden Nebenrechte, Bürgschaften, Faustpfänder u. s. w.

Besondere Bestimmungen trifft der Entwurf für den Fall, dass der Oblat nur einen Teilbetrag seiner Forderung geltend macht. Dann soll er bei Abtretung dieses Forderungsteiles dem ihm verbleibenden Restbetrage den Vorrang vorbehalten dürfen. Hat er dies gethan, so kann die Abtretung nicht zum Nachteil des Oblaten geltend gemacht werden, was ohnehin schon kaum möglich sein dürfte.

Einen Gewährleistungsanspruch gegen den abgefunden Gläubiger hat der Offerent nach der Abtretung nicht, weil letztere auf Grund einer gesetzlichen Verpflichtung erfolgt ist (§ 300 B. G. B.).

Dies sind die positiven Bestimmungen des Entwurfes über die Wirkung des Eintrittsrechts. Es fragt sich nun, ob man dieselben billigen kann. Das verneinen sowohl von Meibom[1]) wie Strohal[2]). Beide wollen an die Befriedigung des Oblaten nicht bloss die Pflicht desselben zur Forderungsabtretung, sondern den unmittelbaren Rechtsübergang auf den Offerenten geknüpft wissen. Wir glauben dem beitreten zu sollen. Wenn das ius offerendi seinen Zweck voll und ganz erfüllen soll, so muss seine Wirkung möglichst wenig von dem guten Willen des Oblaten abhängig sein. Der Offerent muss im stande sein, den letzteren ohne weiteres zu beseitigen und alle Folgen des ius offerendi durch eigene Handlungen herbeizuführen. Man kann ihm nicht zumuten, erst den Gläubiger etwa durch Hinterlegung zu befriedigen, um nachher noch einen möglicherweise recht langwierigen Prozess wegen Abtretung der Forderung führen zu müssen.

Mit Recht weist ferner Strohal darauf hin, dass der Offerent in eine ausserordentlich ungünstige Lage kommen kann, wenn etwa der Oblat nach seiner Befriedigung, aber vor Abtretung der Forderung in Konkurs fällt.

Ebenso wird zutreffend bemerkt, dass der Rechtsübergang kraft Gesetzes in den Rahmen des projektierten Gesetzes weit mehr passe als die Statuierung einer blossen Abtretungsverpflichtung. Kraft Gesetzes geht nämlich die Forderung des befriedigten Gläubigers auf den zahlenden Grundstückseigentümer, auf den befriedigenden Bürgen, auf den beim Mobiliarpfand das ius offerendi ausübenden Berechtigten über. (Vergl. §§ 1094, 676, 1174 B. G. B.)

Die Motive (Bd. III S. 693) meinen, es passe der Uebergang kraft Gesetzes hier nicht, weil nach § 1087 B. G. B. die Hypothekenforderung bei Rechtsgeschäften nur durch Eintragung in das Grundbuch auf einen anderen übertragen werden könne. Allein der Offerent zahlt nicht auf Grund eines Rechtsgeschäftes und der Oblat tritt sein Recht nicht auf Grund eines solchen ab — er thut dies vielmehr auf Grund seiner gesetzlichen Verpflichtung. Die Begründung der Motive dürfte daher als stichhaltig nicht anzuerkennen sein.

---

[1]) Archiv für civil. Praxis. Bd. 74 S. 346.

[2]) Jahrbücher für Dogmatik. Bd. 31 S. 301.

Der Entwurf trifft keine Vorschriften für den Fall, dass mehrere Berechtigte gleichzeitig das ius offerendi ausüben. Die Motive behaupten, dass vom Standpunkte des Entwurfs aus hierzu keine Veranlassung vorliege. Das scheint aber mehr als zweifelhaft. Wenn auch zuzugeben ist, dass Kollisionsfälle selten sein werden, so sind sie doch nicht ausgeschlossen und alsdann bei der vom Entwurf vorgeschlagenen Regelung der Wirkung des ius offerendi nicht eben ohne weiteres zu entscheiden. Man nehme folgenden Fall an: A. betreibt die Versteigerung, sowohl B. als C. bieten ihm den Betrag seiner Forderung an, er acceptiert keins der Gebote. Jeder Offerent schreitet nunmehr zur Hinterlegung und klagt dann auf Abtretung der Forderung gegen A. Zu wessen Gunsten soll dann der Richter das Urteil fällen, zu Gunsten des B. oder des C.? Man könnte meinen, derjenige ginge vor, der zuerst deponiert hat, und dafür anführen, er habe den Gläubiger wirklich befriedigt. Nach seiner Deposition bleibe dem Oblaten nur mehr die Pflicht zur Abtretung der Forderung, eine nochmalige Befriedigung sei ausgeschlossen. Wie aber, wenn beide gleichzeitig deponieren, oder wenn sich der Zeitpunkt der Hinterlegung nicht mit Sicherheit feststellen lässt? Dann fiele auch jene Richtschnur für die Entscheidung weg. Wir halten jedenfalls, um unnötige Prozesse zu vermeiden, eine Regelung der Frage für nötig.

Bähr schlägt vor, in Kollisionsfällen den Besserberechtigten vorgehen zu lassen. Zweckmässiger aber wäre vielleicht die entgegengesetzte Vorschrift. Denn der Schlechtestberechtigte wird, wie mit Sicherheit anzunehmen, das von ihm abgelöste auch dem Mitofferenten vorgehende Recht so ausnutzen, dass sein eigenes, also ein dem Mitofferenten nachgehendes Recht am wenigsten leidet. —

II.

Mit zum Teil nicht unerheblichen Abweichungen von den für das Immobiliarrecht gegebenen Vorschriften will der Entwurf das ius offerendi im Gebiete des Mobiliarpfandrechtes ordnen. In Betracht kommen für letzteres folgende Bestimmungen:

> § 1162. Wird das Pfand von dem Pfandgläubiger zum Zwecke der Befriedigung zum Verkaufe gebracht, so kann derjenige, welcher ein Recht an dem Pfande durch den Verkauf verlieren würde, durch Befriedigung des Pfandgläubigers den Verkauf abwenden.
>
> § 1163. In den Fällen des § 1156 Abs. 2 und der §§ 1161, 1162 kann die Befriedigung des Pfandgläubigers

durch Hinterlegung und Aufrechnung erfolgen; die Vorschriften der §§ 272—289 finden entsprechende Anwendung.

§ 1164. Soweit der Pfandgläubiger von dem für die Forderung nicht persönlich haftenden Eigentümer oder in Gemässheit des § 1162 von einem Dritten befriedigt worden ist, finden die Vorschriften des § 676 entsprechende Anwendung.

§ 676. Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt hat, wird auf ihn dessen Forderung kraft des Gesetzes übertragen; die mit der Forderung verbundenen in der Haftung von Mitbürgern bestehenden Nebenrechte gehen jedoch nur nach Massgabe des § 337 Abs. 2, 3 auf den Bürgen über. Zum Nachteile des Gläubigers kann die Uebertragung nicht geltend gemacht werden.

Dem Hauptschuldner bleiben die Einwendungen aus dem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnisse, dem Bürgen die Ansprüche aus einem solchen besonderen Rechtsverhältnisse vorbehalten. —

Auch hier wieder sieht der Entwurf den Zweck des ius offerendi in Abwendung des Verkaufs, wie der § 1162 deutlich kund giebt.

Zieht man aber die für den Fall mehrfacher Verpfändung projektierten Vorschriften in Betracht, so dürfte die Zweckbestimmung des ius offerendi an diesem Orte zu eng gefasst sein. Denn die Stellung des jüngeren Pfandgläubigers ist hier nach dem Entwurfe dem Vormann gegenüber unter Umständen eine ebenso ungünstige, als die des römischen Nachhypothekars. Zwar steht ihm im allgemeinen die Veräusserungsbefugnis zu.[1]) Allein sobald der Vormann das Pfand inne hat, braucht er dem jüngeren Gläubiger dasselbe zwecks Verkaufes nicht herauszugeben.[2]) In diesem Falle würde der nachstehende Gläubiger also nicht in der Lage sein, das ihm zustehende Pfandrecht zur Wirksamkeit zu bringen, wenigstens wäre er dabei gänzlich auf den guten Willen des Vormannes angewiesen.

Aus diesem Grunde scheint es wünschenswert, dem ius offerendi — natürlich nur für den angedeuteten Fall — eine grössere Ausdehnung zu geben und die nur dem im Entwurf berücksichtigten Zwecke angepassten Vorschriften entsprechend zu erweitern.[3]).

---

[1]) § 1165 des Entw.

[2]) § 1166 d. Entw

[3]) Vergl. Wernick in Gutachten aus dem Anwaltstande über den Entwurf. Berlin 1888. Heft. 5 S. 398 und Cosack: Das Sachenrecht

Das ius offerendi richtet sich seinem Zwecke gemäss ausschliesslich gegen einen Pfandgläubiger, welcher das Pfand zum Zwecke seiner Befriedigung zum Verkaufe bringt.

Es steht zu nur demjenigen, welcher durch den Verkauf ein Recht an der Sache verlieren würde, vor allem also dem jüngeren Pfandgläubiger — nicht aber dem Inhaber oder Besitzer der Sache, nicht auch den nur persönlich berechtigten Gläubigern des Schuldners.[1]) Der Eigenthümer, welcher nicht zugleich Schuldner ist, hat auch hier das selbständige Recht, den Pfandgläubiger von Fälligkeit der Forderung ab zu befriedigen und dadurch ipso iure in dessen Stelle zu treten (§§ 1161, 1163). Er wird also das ius offerendi kaum bedürfen.

Der Zeit nach kann das ius offerendi ausgeübt werden, sobald der abzulösende Gläubiger „das Pfand zum Verkauf bringt." Auch diese Vorschrift kann vielleicht zu Zweifeln Anlass geben. Doch war sie wohl nicht spezieller zu fassen. Denn der Verkauf des Objektes ist auf die verschiedenste Weise ausführbar. Einmal kann er nach Massgabe der für die Veräusserung von im Wege der Zwangsvollstreckung gepfändeter Sachen bewirkt werden[2]); ebenso aber auch nach den detaillierten Bestimmungen der §§ 1170—1176[2]). Einigen sich Eigenthümer und Gläubiger über eine andere Verkaufsart, so ist auch diese anwendbar, wenn ein Dritter, dessen Realrecht durch die Veräusserung erlöschen würde, ebenfalls mit derselben einverstanden ist.[3]) — Im allgemeinen wird man wohl annehmen dürfen, dass der Anfangsmoment für die ordnungsmässige Geltendmachung des ius offerendi gegeben ist, sobald der Gläubiger

etc. im Entwurf. Berlin 1889, S. 73. Beide wollen dadurch helfen, dass sie dem Realinteressenten von der Fälligkeit der abzulösenden Forderung ab das ius offerendi zuzusprechen vorschlagen. Zweckmässiger wäre es aber vielleicht, es dem nachstehenden Pfandgläubiger auch ohne Rücksicht auf die Fälligkeit der Forderung dann zu geben, wenn der prior creditor die Herausgabe des Pfandes zum Zwecke des Verkaufs weigert.

[1]) Auf diese, die persönlichen Gläubiger, will Wernick a. a. O. das Oblationsrecht ausgedehnt wissen, sobald sie eine vollstreckbare Forderung gegen den Schuldner haben, da § 713 C. P. O. sie hindere, sich pfändungsweise an Gegenstände zu halten, die im Pfandbesitze eines Dritten stehen. Dem ist kaum beizustimmen. Denn Zweck des ius offerendi ist nur der, bestehende dingliche Rechte zu schützen, nicht jemandem solche zu verschaffen.

[2]) § 1169 des Entw.

[3]) § 1177 des Entw.

seine Absicht, das Pfandobjekt zwecks Befriedigung zu veräussern, durch Handlungen bethätigt, die diese Absicht unzweideutig kund thun, also z. B. sobald er dem Eigenthümer den Verkauf gemäss § 1170 androht oder, sobald er das Objekt dem Gerichtsvollzieher zur Veräusserung übergiebt, wenn eine Androhung unterblieben ist, oder sobald er gemäss § 1177 eine besondere Vereinbarung über den alsbald vorzunehmenden Verkauf mit dem Eigenthümer trifft.

Hat die Veräusserung stattgefunden, so ist eine Geltendmachung des ius offerendi nicht mehr zulässig.

Ausgeübt wird dieses nun ebenso wie beim Immobilienpfandrechte durch „Befriedigung" des abzulösenden Gläubigers, die auch hier durch Hinterlegung und Aufrechnung erfolgen kann. Von einer Teilabfindung spricht der Entwurf an dieser Stelle nicht. Doch dürfte sie zulässig sein, wenn die Forderung des Oblaten nur zum Teil fällig ist. Denn der § 1164 sagt:

„Soweit der Gläubiger befriedigt ist, finden die Vorschriften des § 676 entsprechende Anwendung."

Er scheint also eine partielle Befriedigung für möglich zu halten. Für diese dürften dann die bezüglich der Teilabfindung im Immobiliarpfandrechte gegebenen Bestimmungen analog anzuwenden sein.

Anders als beim ius offerendi im Gebiete der Hypothek gestalten sich hier die Wirkungen des Eintrittsrechts. Der Offerent tritt nämlich kraft Gesetzes an die Stelle des Oblaten, er erwirbt ohne besondere Abtretung des letzteren Forderung und alle sie sichernden Nebenrechte, insbesondere das Pfandrecht. Zum Nachteil des bisherigen Gläubigers soll aber auch hier die Rechtsübertragung nicht geltend gemacht werden können.

Mit den Rechten dürften auch die Pflichten des befriedigten Gläubigers, namentlich die Verbindlichkeit zur Restitution der Pfandsache auf den Offerenten übergehen.

Für den Fall gleichzeitiger Oblation seitens mehrerer Interessenten trifft der Entwurf hier gleichfalls keine Bestimmungen. Eine Regelung dürfte aber auch an dieser Stelle erwünscht erscheinen.

Wir sind am Ziele unserer Darstellung angelangt.

Wir haben das ius offerendi verfolgt von seiner Entstehung im römischen Rechte am Ende des zweiten Jahrhunderts bis in die Gegenwart hinein. Wir fanden in ihm ein Institut, welches aus Billigkeitsgründen eingeführt und aus denselben durch Jahrhunderte in fast alle wichtigeren Gesetzbücher übernommen wurde, mochten

auch häufig die gesetzgebenden Faktoren zunächst der Ansicht sein, es sei überflüssig.

Der deutschen Gesetzgebungskommission gebührt Dank dafür, dass sie von vornherein die Beibehaltung des ius offerendi im Rahmen des künftigen bürgerlichen Gesetzbuches für notwendig erachtet hat — und zwar einstimmig, wie aus den Protokollen hervorgeht. Mag die von derselben vorgeschlagene Regelung des Instituts im Einzelnen verbesserungsfähig sein, die Grundlage für die künftige Gestaltung des Eintrittsrechts kann sie sehr wohl bilden. Jedenfalls dürfen wir die begründete Hoffnung hegen, dass die jetzt tagende Kommission höchstens die Abänderung der einzelnen Normen unseres Rechtsbehelfes, nicht aber die gänzliche Beseitigung desselben in Angriff nehmen wird.

Lebenslauf:

Geboren bin ich, ARTHUR RUDOLF BENNO REGELY, am 9. März 1865 zu Samter in der Provinz Posen als Sohn des damaligen Hauptmanns im 6. Grenadierregiment, späteren Generallieutenants z. D. BENNO ALEXANDER OTTOMAR REGELY, und dessen Ehefrau MARIE geb. SCHWERDTFEGER.

Ich bin evangelischer Konfession.

Meine Vorbildung erhielt ich auf dem Königl. evangelischen Gymnasium zu Glogau und bezog mit einem Reifezeugnis dieser Anstalt versehen im Oktober 1884 die Universität Leipzig. Dort studierte ich im Wintersemester 1884/85 und im Sommersemester 1885 die Rechte, welches Studium ich im Winter 1885/86 auf der Universität zu Strassburg i. E., im Sommer 1886 auf der Akademie von Lausanne und vom Wintersemester 1886/87 bis zum Wintersemester 1887/88 einschliesslich an der Friedrichs-Wilhelms-Universität zu Berlin fortsetzte.

Am 8. Februar 1889 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung und wurde unter dem 15. Februar desselben Jahres zum Referendar ernannt.

Zur Zeit bin ich im Vorbereitungsdienste bei dem Königlichen Amtsgerichte I zu Berlin beschäftigt.

Thesen:

1. Nach römischem Rechte hat der nachstehende Pfandgläubiger nicht die Befugnis, das Pfand zwecks seiner Befriedigung zu verkaufen.

2. Im Sachsenspiegel haftet der Erbe für die Deliktsschulden des Erblassers nicht, selbst nicht, soweit dieselben sich auf Schadensersatz beziehen.

3. Der Gläubiger, welcher eine Hypothekenforderung gepfändet und sich zur Einziehung hat überweisen lassen, ist nach preussischem Rechte den Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnisse nur insoweit ausgesetzt, als ihm dieselben vorher bekannt waren oder sich aus dem Grundbuche ergeben.

4. Das Recht an der Firma ist ein dem Privatrechte angehöriges absolutes Vermögensrecht an einem immateriellen Gute.

Wilhelm Issleib Inhaber Gustav Schuhr, Berlin SW.